النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء السادس

المحتوى:

تابع كتاب السير - اللقيط - اللقطة -
الإباق - المفقود - الشركة - الوقف - البيوع

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: النهاية في شرح الهداية

Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي - شروح

Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations

المؤلف: العلامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ)

Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)

المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages: (11Parts/11Vols.)	6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size:	17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year:	2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)		الطبعة: الأولى (لونان)

sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.O.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٠٠٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ٠٠٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

(بَابُ المُسْتَأْمَنِ)

(وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ تَاجِرًا فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلَا مِنْ دِمَائِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ بِالِاسْتِئْمَانِ، فَالتَّعَرُّضُ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ غَدْرًا وَالغَدْرُ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ فَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ أَوْ حَبَسَهُمْ أَوْ فَعَلَ غَيْرُهُ بِعِلْمِ المَلِكِ وَلَمْ يَمْنَعْهُ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ نَقَضُوا العَهْدَ بِخِلَافِ الأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَأْمَنٍ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا.

بابُ المستأمن

لمَّا ذكر مسائل الاستيلاء الذي هو عبارة عن القهر والغلبة، أعقبه باب المستأمن؛ لأن الاستئمان إنما يحتاج إليه بعد تحقق القهر والغلبة، فقدم استئمان المسلم على استئمان الكافر؛ لأن المسلم هو المقدم فكذا ما يتعلق به.

قوله: وَالغَدْرُ حَرَامٌ، قال النبي صلى الله عليه وسلَّم: «لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته».

قوله: بِخِلَافِ الأَسِيرِ، فإن الأسرى إذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلةً وأخذ أموالهم من ذلك، فإن فعلوا ذلك ثم خرجوا إلى دارنا ولا منعة لهم، فكل من أخذ شيئًا فهو له خاصة، كذا في «السير الكبير» في باب ما يصيبه الأسرى.

قوله: فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا؛ لما أنه لم يستأمن صريحًا حتى يكون غادرًا بأخذ أموالهم.

(فَإِنْ غَدَرَ بِهِمْ) أَعْنِي التَّاجِرُ (فَأَخَذَ شَيْئًا وَخَرَجَ بِهِ، مَلَكَهُ مِلْكًا مَحْظُورًا) لِوُرُودِ الِاسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، إِلَّا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الْغَدْرِ فَأَوْجَبَ ذَلِكَ خُبْثًا فِيهِ (فَيُؤْمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَظْرَ لِغَيْرِهِ لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ السَّبَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ أَدَانَ هُوَ حَرْبِيًّا أَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا وَاسْتَأْمَنَ الْحَرْبِيُّ لَمْ يُقْضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ) أَمَّا الْإِدَانَةُ فَلِأَنَّ الْقَضَاءَ يَعْتَمِدُ الْوِلَايَةَ وَلَا وِلَايَةَ وَقْتَ الْإِدَانَةِ أَصْلًا،

قوله: مَلَكَهُ مِلْكًا مَحْظُورًا، حتى أنه لو كان جارية كرهت للمشتري أن يطأها؛ لأنه قام مقام البائع، وكان يكره للبائع وطؤها فكذلك للمشتري، وهذا بخلاف المشتراة شراءً فاسدًا إذا باعها المشتري حلَّ للثاني وطؤها بعد الاستبراء؛ لأن الكراهة في حق الأول لبقاء حق البائع في الاسترداد، وقد زال ذلك بالبيع الثاني، وهاهنا الكراهة لمعنى الغدر وكونه مأمورًا بردها عليهم دينًا، وهذا المعنى في حق الثاني كهو في حق الأول، كذا في «المبسوط» قبيل باب المرتدين.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى قوله في أوائل باب استيلاء الكفار: وَالمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلْكَ، إلى آخره.

قوله: فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ أَدَانَ هُوَ حَرْبِيًّا، الإدانة: البيع بالدين، و الاستدانة: الابتياع بالدين، وقولهم: إدَّان بتشديد الدال من باب الافتعال، أي: قبل الدين، والجواب في مسألة الإدانة قول أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله؛ وعلى قول أبي يوسف القاضي يقضي على المسلم بالدين، وقولهما في المسألة مشكل لالتزام المسلم أحكام الإسلام مطلقًا، فصار كما لو خرجا إلينا مسلمين، غير أن أبا حنيفة رضي الله عنه اعتبر ديانة كل واحد منهما عند القضاء، هذا كله من «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَلِأَنَّ القَضَاءَ، أي: حكم القاضي.

وَلا وَقْتَ القَضَاءِ عَلَى المُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكْمَ الإِسْلَامِ فِيمَا مَضَى مِنْ أَفْعَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَ ذَلِكَ فِي المُسْتَقْبَلِ، وَأَمَّا الغَصْبُ فَلِأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَصَبَهُ وَاسْتَوْلَى عَلَيْهِ لِمُصَادَفَتِهِ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ فَعَلَا ذَلِكَ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمَنَيْنِ لِمَا قُلْنَا.

(وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ قُضِيَ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يُقْضَ بِالغَصْبِ) أَمَّا المُدَايَنَةُ فَلِأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً لِوُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَالوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ القَضَاءِ لِالْتِزَامِهِمَا الأَحْكَامَ

قوله: وَلا وَقْتَ القَضَاءِ عَلَى المُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكْمَ الإِسْلَامِ فِيمَا مَضَى مِنْ أَفْعَالِهِ، وكما لا يقضى على الحربي لا يقضى على المسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية.

وأمَّا الغصب فلأن مال كل واحد منهما كان مباحاً وقت الغصب في حقه، فملكه بالأخذ، إلا أن الغاصب إن كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه؛ لأنه لمَّا دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدرَ بهم، وفي أخذ مالهم على هذا الوجه غدر وخيانة، فيؤمر بالرد ديانةً، وكذلك لو فعلا ذلك وهما حربيان ثم خرجا مسلمين أو مستأمنين، فهذا والفصل الأول سواءٌ، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: صَارَ مِلْكًا لِلَّذِي غَصَبَهُ، أي: سواء كان الغاصب كافرًا في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً فيها.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أمَّا غصب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء **بقوله**: وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ، إلى آخره.

وأمَّا غصب المسلم ففيما: إِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الِاثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا، فإنَّهم يملكونه.

المداينة: (چيزى بنام بكسى فروختن)، فلمَّا كانت المداينة بمعنى الإدانة التي ذكرنا،

بِالإِسْلَامِ، وَأَمَّا الغَصْبُ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلْكُهُ وَلَا خُبْثَ فِي مِلْكِ الحَرْبِيِّ حَتَّى يُؤْمَرَ بِالرَّدِّ. (وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ فَغَصَبَ حَرْبِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ وَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ) أَمَّا عَدَمُ القَضَاءِ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ، وَأَمَّا الأَمْرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الفَتْوَى بِهِ فَلِأَنَّهُ فَسَدَ المِلْكُ لِمَا يُقَارِنُهُ مِنَ المُحَرَّمِ وَهُوَ نَقْضُ العَهْدِ (وَإِذَا دَخَلَ مُسْلِمَانِ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَعَلَى القَاتِلِ

ذكر المداينة مقام الإدانة، إذ هذه تتميم تلك المسألة.

قوله: فَغَصَبَ حَرْبِيًّا - أي: مال حربي - **ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ وَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ**، وهذا الجواب غير منحصرٍ بخروجهما مسلمين، فإن الحربي إذا خرج مستأمناً مع المسلم الذي دخل دار الحرب مستأمناً، وقد كان غصب المسلم في دار الحرب، فالحكم كذلك على ما ذكرنا من رواية الإمام قاضي خان.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ مُسْلِمَانِ، إلى أن قال: **فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ**، أي: في العمد والخطأ، هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ من شروح «الجامع الصغير»، وذكر الإمام قاضي خان هذه المسألة في «الجامع الصغير» وجعل هذا الحكم قول أبي حنيفة رحمه الله ثم قال: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: عليه القصاص في العمد.

لهما أنه قتل شخصاً معصوماً ليس من أهل دار الحرب، فيجب ما يجب بقتله في دار الإسلام، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه مكثر سوادهم من وجه، ولو كان مكثرًا سوادهم من كل وجه بأن كان متوطناً هناك لا يكون معصومًا، فإذا كان مكثرًا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص.

وذكر الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه المسألة في «الجامع الصغير» ثم قال: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف قال: عليه القصاص في العمد؛ لأن بدخول المسلم في دار الحرب لا ينتقض إحرازه نفسه بدار الإسلام، فالمسلم من أهل دار الإسلام حيث ما يكون، والقصاص محض حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه

الدِّيَةُ فِي مَالِهِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلِإِطْلَاقِ الكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلِأَنَّ العِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ لا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالأَمَانِ، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنَعَةٍ، وَلا مَنَعَةَ دُونَ الإِمَامِ وَجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فِي دَارِ الحَرْبِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي العَمْدِ؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ العَمْدَ؛ وَفِي الخَطَإِ لِأَنَّهُ لا قُدْرَةَ لَهُمْ عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالوُجُوبُ عَلَيْهِمْ عَلَى اعْتِبَارِ تَرْكِهَا.

(وَإِنْ كَانَا أَسِيرَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ) أَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ تَاجِرٌ أَسِيرًا (فَلَا شَيْءَ عَلَى القَاتِلِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: فِي الأَسِيرَيْنِ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالعَمْدِ)؛ لِأَنَّ العِصْمَةَ لا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الأَسْرِ كَمَا لا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الِاسْتِئْمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَامْتِنَاعُ القِصَاصِ؛ لِعَدَمِ المَنَعَةِ وَيَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِمَا قُلْنَا.

إلى ولاية الإمام، فلا فرقَ حينئذٍ بين الدارين.

وجه ظاهر الرواية أن الإحراز باقٍ، ولكن دارُ الحرب دار إباحة الدم، فيصير ذلك شبهةً مسقطة للعقوبة؛ لأن مجرد صورة الإباحة تكفي لإسقاط العقوبة، وإن لم تثبت حقيقة كمن يقول لغيره: اقتلني فيقتله.

قوله: أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلِإِطْلَاقِ الكِتَابِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو **قوله:** لِأَنَّ العِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ لا تَبْطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُولِ بِالأَمَانِ.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو **قوله:** لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ العَمْدَ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بِالأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ؛ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْهُورًا فِي أَيْدِيهِمْ، وَلِهَذَا يَصِيرُ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِمْ وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِمْ فَيَبْطُلُ بِهِ الإِحْرَازُ أَصْلًا وَصَارَ كَالمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا، وَخَصَّ الخَطَأَ بِالكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا كَفَّارَةَ فِي العَمْدِ عِنْدَنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بِالأَسْرِ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ، فكان أهل الحرب الأصول، والأصول غير معصومين، فكذلك ما كان تبعاً لهم.

قوله: وَصَارَ كَالمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا، فليس في قتله إلا الكفارةُ في الخطأ، فكذلك هاهنا، بجامع أن كل واحدٍ منهما تبع لأهل الدار بالتوطن، وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن؛ لأنه تمكن من الخروج إلى دار الإسلام، فلا يكون تبعاً لهم فلا يبطل العصمة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ إِلَيْنَا مُسْتَأْمَنًا لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً وَيَقُولُ لَهُ الإِمَامُ: إِنْ أَقَمْتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْتُ عَلَيْكَ الجِزْيَةَ) وَالأَصْلُ أَنَّ الحَرْبِيَّ لا يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إِلَّا بِالِاسْتِرْقَاقِ أَوِ الجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَيْنًا لَهُمْ وَعَوْنًا عَلَيْنَا فَتَلْتَحِقُ المَضَرَّةُ بِالمُسْلِمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِنَ الإِقَامَةِ اليَسِيرَةِ؛ لِأَنَّ فِي مَنْعِهَا قَطْعَ المِيرَةِ وَالجَلَبِ وَسَدَّ بَابِ التِّجَارَةِ، فَفَصَلْنَا بَيْنَهُمَا بِسَنَةٍ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الجِزْيَةُ فَتَكُونُ الإِقَامَةُ لِمَصْلَحَةِ الجِزْيَةِ، ثُمَّ إِنْ رَجَعَ بَعْدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ إِلَى وَطَنِهِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ

فصلٌ

العين: الديدبان، والجاسوس، والعون: الظهير على الأمر، والجمع الأعوان.

المِيرَةِ: الطعام الذي يمتاره الإنسان، من مار يمير.

وَالجَلَبِ: والأجلاب: الذين يجلبون الإبل والغنم للبيع، كذا في «الصحاح».

وذكر في «المغرب»: جَلَبَ الشيء: جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلباً، والجلب المجلوب، ومنه: «نهى عن تلقي الجلب».

قوله: بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيْهِ، يقال: تقدم إليه الأمير بكذا أو في كذا، إذا أمره به، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةِ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، ولفظ

مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةَ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوَقِّتَ فِي ذَلِكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لِمَا قُلْنَا (ثُمَّ لا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى دَارِ الحَرْبِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لا يُنْقَضُ، كَيْفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطْعَ الجِزْيَةِ وَجَعْلَ وَلَدِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا وَفِيهِ مَضَرَّةٌ بِالمُسْلِمِينَ (فَإِنْ دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ)؛ لِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأْسِ،

«المبسوط» يدل على أن تقدم الإمام ليس بشرط لصيرورة الحربي المستأمن ذميًّا عند إقامته تمام السنة في دار الإسلام، بل يصير ذميًّا إذا أقام سنةً فيها، وإن لم يتقدم إليه الإمام بقوله: إن أقمتَ تمام السنة وضعت عليك الجزية، فإنه قال في «المبسوط»: وينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره بالخروج إلى دار الحرب على سبيل الإنذار والإعذار، وفي التقدم إليه إن بيَّن مدة فقال: إن خرجت إلى وقت كذا وإلا جعلتك ذميًّا، فإن خرج إلى ذلك الوقت تركه ليذهب، وإن لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميًّا، وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول، فإذا أقام في دارنا بعد ذلك حولًا لا يمكنه من الخروج؛ لأن هذا لإبلاء العذر، والحول لذلك حسن، كما في أجل العنين.

ولم يقدر الإمام قاضي خان رحمه الله بشيء من المدة وقال: ينبغي للإمام أن يتقدم إليه في أوان ما دخل، ويضرب له مدة على قدر ما يرى.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو **قوله:** لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إِلَيْهِ صَارَ مُلْتَزِمًا لِلْجِزْيَةَ.

وذكر الإمام قاضي خان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج؛ لأنه إنما صار ذميًّا بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعدما صار ذميًّا، إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ منه الخراج، فحينئذٍ يأخذه منه.

قوله: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ، وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد رحمه الله، بأن اشترى أرضًا عشرية؛ لأنهما جميعًا من مؤن الأرض، كذا ذكره فخر الإسلام.

قوله: لِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأْسِ؛ لأن كلًّا منهما من أحكام دارنا، فلمَّا

فَإِذَا التَزَمَهُ صَارَ مُلْتَزِمًا المَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ لا يَصِيرُ ذِمِّيًّا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا لِلتِّجَارَةِ، وَإِذَا لَزِمَهُ خَرَاجُ الأَرْضِ فَبَعْدَ ذَلِكَ تَلْزَمُهُ الجِزْيَةُ لِسَنَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الخَرَاجِ فَتُعْتَبَرُ المُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وُجُوبِهِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ بِشَرْطِ الوَضْعِ فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ فَلَا

رضي بوجوب الخراج عليه رضي بأن يكون من أهل دارنا.

قوله: فَتُعْتَبَرُ المُدَّةُ مِنْ وَقْتِ وُجُوبِهِ، أي: وجوب الخراج.

قوله: وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ بِشَرْطِ الوَضْعِ، أي: في جعله ذميًّا، ومن المشايخ من قال: يصير ذميًّا بنفس الشراء؛ لأنه لمَّا اشترى أرض خراج، وحكم الشرع فيها وجوب الخراج، صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: والمراد من وضع الخراج التزام خراج الأرض بمباشرة سببه وهو الزراعة، أو تعطيلها عنها مع التمكن منها، وهو الصحيح، فدلت المسألة على أنه لا يصير ذميًّا بنفس الشراء.

وذكر في «المبسوط»: وإن اشترى الحربي المستأمن أرض خراج فزرعها يوضع عليه خراج الأرض والرأس، أمَّا خراج الأرض فإنه مؤنة الأرض النامية، وقد تقرر ذلك في حقه حين استغَلَّ الأرض، ثم بالتزام خراج الأرض صار راضيًا بالتزام أحكام دار الإسلام، فيكون بمنزلة الذمي؛ لأن الذمي ملتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، والالتزام تارة يكون نصًّا وتارة يكون دلالةً.

قوله: فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ - على بناء الفاعل - أَحْكَامٌ جَمَّةٌ، وهي المنع من الخروج إلى دار الحرب، وجريان القصاص بينه وبين المسلم، ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره، ووجوب الدية بقتله خطأ، وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذميًّا لا قبله، وبوضع الخراج يكون ذميًّا، فكذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع.

تَغْفُلَ عَنْهُ. (وَإِذَا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً)؛ لِأَنَّهَا الْتَزَمَتِ الْمُقَامَ تَبَعًا لِلزَّوْجِ (وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَيَرْجِعُ إِلَى بَلَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مُلْتَزِمًا الْمُقَامَ.

(وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالْعَوْدِ)؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وَصَارَتِ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) أَمَّا الْوَدِيعَةُ فَلِأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقْدِيرًا؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيَدِهِ فَيَصِيرُ فَيْئًا تَبَعًا لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِأَنَّ إِثْبَاتَ الْيَدِ عَلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْمُطَالَبَةِ وَقَدْ سَقَطَتْ، وَيَدُ مَنْ عَلَيْهِ أَسْبَقُ إِلَيْهِ مِنْ يَدِ الْعَامَّةِ فَيَخْتَصُّ بِهِ فَيَسْقُطُ. (وَإِنْ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهَرْ عَلَى الدَّارِ فَالْقَرْضُ الْوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ؛ لِأَنَّ نَفْسَهُ لَمْ تَصِرْ مَغْنُومَةً فَكَذَلِكَ مَالُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

والضمير في (عَنْهُ) في قوله: فَلَا تَغْفُلَ عَنْهُ، راجع إلى شرط الوضع.

قوله: فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً، فيجرى عليها أحكام أهل الذمة من وضع الخراج في أرضها، ومنع الخروج إلى دار الحرب وغيرهما.

قوله: لِأَنَّ حُكْمَ الأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ؛ لأن يد المودَع كيد المودِع، فلمَّا لم يصر نفس المودِع وماله مغنومـًا لم تصر وديعته مغنومة أيضـًا تبعًا للمودع؛ لما أن يد المودع كيده.

فإن قيل: ينبغي أن يصير فيئـًا، كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثمَّ ظهر على دار الحرب يكون فيئـًا، فلا يكون يد المودَع كيد المودِع في تلك المسألة، قلنا: يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه، والعصمة ما كانت ثابتة

قَالَ: (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ بِغَيْرِ قِتَالٍ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الْخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثْلُ الْأَرَاضِي الَّتِي أَجْلَوْا أَهْلَهَا عَنْهَا وَالْجِزْيَةِ وَلَا خُمُسَ فِي ذَلِكَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِيهِمَا الْخُمُسُ اعْتِبَارًا بِالْغَنِيمَةِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَذَ الْجِزْيَةَ وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَمْ يُخَمَّسْ؛ وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ،

في تلك المسألة؛ لما أن دار الحرب ليست بدار عصمة، فلا تصير معصومةً بالشك، وأمَّا هاهنا العصمة كانت ثابتة وقت الإيداع، ولم يظهر على دار الحرب، فكانت العصمة باقيةً كما كانت؛ إذ دار الإسلام دار العصمة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

وجفَ الفرسُ أو البعيرُ: غدا، وجيفًا، وأوْجفه صاحبه إيجافًا.

وقوله: وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ، أي: أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله.

والجَلاء: بالفتح والمد، الخروج عن الوطن أو الإخراج، يقال: جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلَوا، أي: أخرجهم فخرجوا، كلاهما يتعدي ولا يتعدى، كذا في «المغرب».

قوله: وَالجِزْيَةِ، بالجر عطفاً على قوله: الأَرَاضِي، أي: هُوَ مِثْلُ الأَرَاضِي الَّتِي أَجْلَوْا أَهْلَهَا، ومثل الجزية.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِيهِمَا، أي: في الأراضي التي أجلوا أهلها عنها وفي الجزية، وفي بعض النسخ: فِيهَا، أي: في الثلاثة وهي: الأراضي، والجزية، والخراج.

قوله: وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ، أي: ولأن ما أوْجَف المسلمون عليه من المال مال مأخوذ بقوة المسلمين.

قوله: مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين.

بِخِلَافِ الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ المُسْلِمِينَ فَاسْتَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعْنًى وَاسْتَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعْنًى، وَفِي هَذَا السَّبَبُ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ الخُمُسِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امْرَأَةٌ فِي دَارِ الحَرْبِ وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ وَمَالٌ أَوْدَعَ بَعْضَهُ ذِمِّيًّا وَبَعْضَهُ حَرْبِيًّا وَبَعْضَهُ مُسْلِمًا فَأَسْلَمَ هَاهُنَا ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَيْءٌ) أَمَّا المَرْأَةُ وَأَوْلَادُهُ الكِبَارُ فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُمْ حَرْبِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ، وَكَذَلِكَ مَا فِي بَطْنِهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا لِمَا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ، وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ فَلِأَنَّ الصَّغِيرَ إِنَّمَا يَصِيرُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِإِسْلَامِ أَبِيهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ

قوله: بِخِلَافِ الغَنِيمَةِ، فإنَّها مأخوذة بسببين وهما: مباشرة الغازي القتل، وقوة المسلمين، فلمَّا استحق ما أوجف المسلمون عليه بسبب واحد، وهو الرعب بقوة المسلمين، كانت جهته واحدة، ولم يتبعَّض استحقاقه لذلك، كما في مال الزكاة والعشر، فلم يصح حينئذٍ اعتباره بالغنيمة.

قوله: فَاسْتَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعْنًى، وهو الرعب بقوة المسلمين، وَاسْتَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعْنًى، وهو مباشرة القتال.

قوله: وَفِي هَذَا - أي: فيما أوجف المسلمون عليه - السَّبَبُ - بالرفع على الابتداء - وَاحِدٌ، خبره، وهو الرعب من قوة المسلمين.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ المُسْلِمِينَ.

قوله: لِمَا قُلْنَا مِنْ قَبْلُ، أي: في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله: وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ؛ لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ لَا تَتْبَعُهُ فِي الإِسْلَامِ، وَكَذَا حَمْلُهَا فَيْءٌ؛ لأنه جزؤها منها فَيَرِقُّ بِرِقِّهَا.

الدَّارَيْنِ لا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ، وَكَذَا أَمْوَالُهُ لا تَصِيرُ مُحْرَزَةً بِإِحْرَازِهِ نَفْسَهُ لِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَبَقِيَ الكُلُّ فَيْئًا وَغَنِيمَةً.

(وَإِنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ فَظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَأَوْلَادُهُ الصِّغَارُ أَحْرَارٌ مُسْلِمُونَ) تَبَعًا لِأَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا تَحْتَ وِلَايَتِهِ حِينَ أَسْلَمَ إِذِ الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدٍ مُحْتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيَدِهِ (وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَيْءٌ) أَمَّا المَرْأَةُ وَأَوْلَادُهُ الكِبَارُ فَلِمَا قُلْنَا، وَأَمَّا المَالُ الَّذِي فِي يَدِ الحَرْبِيِّ؛ فَلِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَعْصُومًا؛ لِأَنَّ يَدَ الحَرْبِيِّ لَيْسَتْ يَدًا مُحْتَرَمَةً. (وَإِذَا أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ فِي دَارِ الحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الخَطَإِ وَالقِصَاصُ فِي العَمْدِ؛ لِأَنَّهُ أَرَاقَ دَمًا مَعْصُومًا (لِوُجُودِ العَاصِمِ وَهُوَ الإِسْلَامُ) لِكَوْنِهِ مُسْتَجْلِبًا لِلْكَرَامَةِ؛

قوله: وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا فَهُوَ لَهُ، وإنما قيَّد بالإيداع؛ لأنه إذا كان غصباً في أيديهما يكون فيئاً لعدم النيابة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب أن لا يكون فيئًا إلا ما كان غصباً عند حربي على قياس الفصل الثالث، وهو أن يسلم الحربي فى دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار، فالجواب فيه أن ما كان وديعةً عند حربي، أو غصباً عند مسلم أو ذمي، أو ضائعًا، فهو فيءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكون فيئاً، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله، وقد ذكرناه في باب الغنائم.

قوله: لِكَوْنِهِ مُسْتَجْلِبًا لِلْكَرَامَةِ؛ لأن العصمة تبثت نعمة وكرامة، فيتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامات وهو الإسلام؛ إذ به تحصل السعادة الأبدية، لا بالدار التي هي جماد، فلا أثر لها في استحقاق الكرامة.

وَهَذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ أَصْلُهَا المُؤَثِّمَةُ؛ لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إجْمَاعًا، وَالمُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ لِكَمَالِ الِامْتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصْفًا فِيهِ فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِّقَ بِهِ الأَصْلُ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ، جَعَلَ التَّحْرِيرَ كُلَّ المُوجِبِ رُجُوعًا إلَى حَرْفِ الفَاءِ أَوْ إلَى كَوْنِهِ

قوله: لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا، أي: لوجوب الزجر الذي هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق.

قوله: وَالمُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ، أي: في أصل العصمة؛ وذلك لأنه إذا أوجب الإثم والمال كان ذلك أكمل وأتم من المال الذي وجب فيه الإثم دون المال، فكانت العصمة المقومة وصفًا زائدًا على أصل العصمة التي هي المؤثمة.

قوله: فَتَتَعَلَّقُ بِمَا عُلِّقَ بِهِ الأَصْلُ، أي: تعلق العصمة المقومة بما علق به العصمة المؤثمة وهو الإسلام، فلمَّا علقت المؤثمة بالإسلام فينبغي أن تعلق العصمة المقومة أيضًا بالإسلام، فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا لذلك.

قوله: رُجُوعًا إلَى حَرْفِ الفَاءِ، يعني: أن الفاء دخلت في جزاء الشرط، ثمَّ الجزاء إنما يكون جزاء للشرط أن لو كان كل الجزاء مذكورًا؛ لأنه لا يكون غير المذكور جزاءً له، حتى أن الرجل إذا قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنت طالق وعبدي حر، كان الجزاء طلاقها وعتق عبده، ولو لم يقل قوله: وعبدي حر، لا يكون عتق العبد الذي هو غير مذكور جزاءً له، بل الجزاء ينحصر على طلاق المرأة، فإن الشرط يعلق به الموجود لا المعدوم، كما في التعليق الحسي.

فكذلك هاهنا يتعلق بقتل هذا المؤمن الذي لم يهاجر إلينا ما هو المذكور، والمذكور هو تحرير الرقبة لا غير، فيجب أن يكون كل الجزاء ذلك أو رجوعًا إلى كل المذكور؛ لأن كل المذكور هاهنا التحرير لا غير، والموضع موضع الحاجة إلى البيان؛ لأنه شرع في بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير، فعُلم به أن الواجب هو التحرير لا غير؛ إذ السكوت في موضع

كُلَّ الْمَذْكُورِ فَيَنْتَفِيَ غَيْرُهُ، وَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الْمُؤَثِّمَةَ بِالْآدَمِيَّةِ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ خُلِقَ مُتَحَمِّلًا أَعْبَاءَ التَّكْلِيفِ،

الحاجة إلى البيان بيان، فإن ما هو المذكور كل الواجب وإلا يلزم الإخلال في بيان صاحب الشرع، وهو لا يجوز.

وكان شيخي رحمه الله يقول: بيان الشارع على نوعين:

بيان كفاية، وبيان نهاية، فاختار هاهنا بيان النهاية؛ لأنه ذكر أولًا حكم قتل المؤمن الذي في دار الإسلام خطأ بأنه الكفارة والدية، ثم قتل المسلم الذي لم يهاجر إلينا فذكر فيه الكفارة دون الدية، ثم ذكر قتل الذمي فأوجب فيه الكفارة والدية، فلو كان حكم المؤمن الذي لم يهاجر إلينا كحكمهما لما ذكر حكمه على خلاف حكمهما في الموضع الذي اختار فيه بيان النهاية، إلى هذا أشار أيضـًا في «الإيضاح» وقال: فهذه الآية سيقت لبيان أنواع القتل وموجباته، فذكر قتل المسلم في دار الإسلام وأوجب بقتله الدية والكفارة، وذكر قتل الذمي وأوجب فيه الدية والكفارة، وذكر المسلم الذي لم يهاجر إلينا وأوجب بقتله الكفارة، ولم يوجب الدية، فدلَّ على انعدام الوجوب؛ لأن الآية سيقت لبيان الحكم الواجب، فمتى جعلنا الدية واجبة ولا ذكر لها في الكتاب، كان قاصرًا في البيان، وإنه لا يجوز.

والفقهُ فيه أن الأصل في التقوم غير الآدمي، والآدمي في هذا المعنى ملحق بالأموال بخلاف العصمة، فإن العصمة إنما تثبت للآدمي بطريق الأصالة، والأموال تابعة له؛ لأن معنى الجبر يتحقق في الأموال دون النفوس، فصارت النفوس ملحقةً بها في التقوم، وإذا كان كذلك فالتقوم للأموال إنما يثبت بالإحراز؛ لأن التقوم يبني على خطر المحل، والخطر إنما يثبت إذا كان ممنوعـًا عن الأخذ، فأمَّا إذا كانت الأيدي تصل إليه من غير منازعة لم يكن خطيرًا كالماء والتراب، فعلقنا التقوم بالإحراز بمنعه، وأسقطنا حكم الإحراز بمنعه أهل الحرب بالشرع؛ لأن الشرع سلّطنا على إبطالها، فلمَّا ثبت التقوم بالإحراز قلنا: الإحراز لم يوجد هاهنا فلا يثبت التقوم، فأما الإسلام فلا يؤثر في إفادة العصمة المقومة؛ لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا، وإنما وضع لاكتساب الآخرة، وأمَّا الكفارة فتجب بالنص.

وَالقِيَامَ بِهَا بِحُرْمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا، أَمَّا المُقَوِّمَةُ فَالأَصْلُ فِيهَا الأَمْوَالُ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤْذِنُ بِجَبْرِ الفَائِتِ وَذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ دُونَ النُّفُوسِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّمَاثُلَ، وَهُوَ فِي المَالِ دُونَ النَّفْسِ فَكَانَتِ النُّفُوسُ تَابِعَةً، ثُمَّ العِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ فِي الأَمْوَالِ بِالإِحْرَازِ بِالدَّارِ؛ لِأَنَّ العِزَّةَ بِالمَنَعَةِ فَكَذَلِكَ فِي النُّفُوسِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ مَنَعَةِ الكَفَرَةِ؛ لِمَا أَنَّهُ أَوْجَبَ إِبْطَالَهَا، وَالمُرْتَدُّ وَالمُسْتَأْمَنُ فِي دَارِنَا مِنْ أَهْلِ دَارِهِمْ حُكْمًا لِقَصْدِهِمَا الِانْتِقَالَ إِلَيْهَا.

(وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً لا وَلِيَّ لَهُ أَوْ قَتَلَ حَرْبِيًّا دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِلْإِمَامِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ)؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً خَطَأً فَتُعْتَبَرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ المَعْصُومَةِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: لِلْإِمَامِ أَنَّ حَقَّ الأَخْذِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لا وَارِثَ لَهُ.

قوله: وَالقِيَامَ بِهَا، أي: بأعباء التكاليف، أي: بأثقاله، جمع عبءٍ بالكسر، وهو الحمل، فهذا يقتضي أن يكون الآدميّ محرم التعرض؛ إذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من إقامة التكليف.

قوله: وَالأَمْوَالُ تَابِعَةٌ لَهَا، أي: للنفس التي تثبت العصمة المؤثمة فيها.

قوله: لِأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤْذِنُ بِجَبْرِ الفَائِتِ؛ لأن الفائت في ذوات الأمثال يجبر بالصورة والمعنى، وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة، وذلك لا يكون إلا في المال، فكان التقوم في المال أصلًا، والعصمة المقومة في الأموال تثبت بالدار، فكذلك في النفوس.

قوله: وَالمُرْتَدُّ وَالمُسْتَأْمَنُ، هذا جوابُ شبهة ترد على **قوله**: ثُمَّ العِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ فِي الأَمْوَالِ بِالإِحْرَازِ بِالدَّارِ، إلى آخره، بأن يقال: إنَّهما محرزان بدار الإسلام ذاتًا، فينبغي أن يجب لهما التقوم ولم يجب، حتى أن في قتلهما لا يجب الدية مع أنَّهما في دار الإسلام.

قوله: وَمَعْنَى قَوْلِهِ: لِلْإِمَامِ أَنَّ حَقَّ الأَخْذِ لَهُ، لا أن تكون الدية ملكًا له، بل يأخذها

(وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَتَلَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ)؛ لِأَنَّ النَّفْسَ مَعْصُومَةٌ، وَالقَتْلَ عَمْدٌ، وَالوَلِيَّ مَعْلُومٌ وَهُوَ العَامَّةُ أَوِ السُّلْطَانُ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ» وَقَوْلُهُ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ مَعْنَاهُ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ وَهُوَ القَوَدُ عَيْنًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ أَنْفَعُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ مِنَ القَوَدِ فَلِهَذَا كَانَ لَهُ وِلَايَةُ الصُّلْحِ عَلَى المَالِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لِلْعَامَّةِ وَوِلَايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ إِسْقَاطُ حَقِّهِمْ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

ويضعها في بيت المال.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَتَلَهُ، وأمَّا إذا كان المقتول لقيطًا، كان للإمام أن يقتل قاتله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأن المولود في دار الإسلام لا يخلو عن الوارث، فلو أثبتنا الولاية للإمام كان فيه احتمال إثبات الحق لغير صاحب الحق، والقصاص يمتنع بالشبهات.

ولهما أن الحق إنما يثبت للولي بطريق القيام مقام الميت نظرًا للميت، والمجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليًّا، فكان وجوده بمنزلة العدم، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَهُوَ العَامَّةُ أَوِ السُّلْطَانُ، فإن قيل: تردد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما في المكاتب إذا قتل عن وفاءٍ وله وارث.

قلنا: الإمام هاهنا نائب عن العامة، فصار كأن الولي واحد، بخلاف مسألة المكاتب، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ العُشْرِ وَالخَرَاجِ)

قَالَ: (أَرْضُ العَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ

بابُ العُشر والخراج

لمَّا ذكر فيما قبل ما يصير الكافر به ذميًّا، ذكر في هذا الباب ما يجب على الذمي من الوظائف المالية وهو الخراج، لكن لمَّا ذكر الخراج استدعى ذلك ذكر العشر؛ لأن سببهما الأرض النامية، فكان ذكر الخراج هو الأصل، إلا أنه قدم ذكر العشر عليه؛ لأن فيه معنى القربة، وهو أيضًا من وظائف المسلمين، فكان هو بالتقديم أحق على الخراج.

اعلم أن العُشر، بضم العين، لغةً: أحد الأجزاء العشرة، والخراج: اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام، ثم سمّي ما يأخذه السلطان خراجاً فيقال: أدّى فلان خراج أرضه، وأدّى أهل الذمة خراج رؤوسهم، يعني: الجزية، كذا في «المغرب».

وذكر في «المبسوط»: الخراج اسم لما هو صلة مالية، قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾ [الكهف: ٩٤]، ﴿أَمْ تَسْـَٔلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ [المؤمنون: ٧٢].

قوله: أَرْضُ العَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عُشْرٍ، لا أرض خراج؛ وهذا لأن من شرط الخراج أن يقر أهلها على الكفر، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف؛ لقوله صلى الله عليه وسلَّم: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»، فلمَّا لم يجز وضع الخراج على أراضيهم كان ما وضع عليها العشر.

وفي «كتاب العشر والخراج»: ذكر أبو يوسف رحمه الله في «الأمالي»: حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن، وهو مهره.

بِاليَمَنِ بِمَهْرَةَ إِلَى حَدِّ الشَّامِ وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلْوَانَ، وَمِنَ الثَّعْلَبِيَّةِ وَيُقَالُ مِنَ العَلْثِ إِلَى عَبَّادَانَ)؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَالخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ لَمْ يَأْخُذُوا الخَرَاجَ مِنْ أَرَاضِي العَرَبِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الفَيْءِ فَلَا يَثْبُتُ فِي أَرَاضِيهِمْ كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي رِقَابِهِمْ؛ وَهَذَا لِأَنَّ وَضْعَ الخَرَاجِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يُقَرَّ أَهْلُهَا عَلَى الكُفْرِ كَمَا فِي سَوَادِ العِرَاقِ وَمُشْرِكُو العَرَبِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ، وَعُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الخَرَاجَ عَلَيْهَا بِمَحْضَرٍ مِّنَ الصَّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلَى مِصْرَ حِينَ افْتَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ العَاصِ، وَكَذَا اجْتَمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

وفي «شرح القدوري» قال الكرخي رضي الله عنه: أرض العرب كلها عشرية، وهي أرض الحجاز، وتهامة، واليمن، ومكة، والطائف، والبرية، يعني البادية.

وقد ظهر أن من روى: إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِاليَمَنِ، بسكون الجيم، وفسّره بالجانب، فقد حرَّف لوقوع صخر موقعه.

قوله: وَالسَّوَادُ، أي: أراضي سواد العراق، وبه صرح الإمام الأمجد التمرتاشي رحمه الله، يقال: سواد الكوفة والبصرة، أي: قراهما، وسمي سواد العراق به لخضرة أشجاره وزروعه.

العُذَيْبِ: ماء لتميم، و: حُلْوَانَ، اسم بلد، و: الثَّعْلَبِيَّةِ، من منازل البادية، ووضعها موضع العلث خطأ، و: العَلْثِ، بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية، وهي أول العراق شرقي دجلة.

عَبَّادَانَ، حصن صغير على شط البحر، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

وقوله: مَا بَيْنَ العُذَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلْوَانَ، هذا عرضه، وقوله: وَمِنَ الثَّعْلَبِيَّةِ ... إِلَى عَبَّادَانَ، هذا طوله، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قَالَ: (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا)؛ لِأَنَّ الإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرْضًا عَنْوَةً وَقَهْرًا لَهُ أَنْ يُقِرَّ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَيَضَعَ عَلَيْهَا وَعَلَى رُءُوسِهِمُ الخَرَاجَ فَتَبْقَى الأَرَاضِي مَمْلُوكَةً لِأَهْلِهَا وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا أَوْ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ)؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى المُسْلِمِ وَالعُشْرُ أَلْيَقُ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى العِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخَفُّ حَيْثُ يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الخَارِجِ.

(وَكُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَأُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ) وَكَذَا إِذَا صَالَحَهُمْ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الكَافِرِ وَالخَرَاجُ أَلْيَقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخْصُوصَةٌ مِنْ هَذَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَتَحَهَا عَنْوَةً وَتَرَكَهَا لِأَهْلِهَا، وَلَمْ يُوَظِّفِ الخَرَاجَ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إِلَيْهَا مَاءُ

قوله: وَالخَرَاجُ أَلْيَقُ بِهِ؛ لأن في الخراج معنى العقوبة؛ ولأن فيه تغليظاً حتى أنه يجب وإن لم يزرع، والكافر أليق بالعقوبة.

قوله: وَمَكَّةُ مَخْصُوصَةٌ مِنْ هَذَا، وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجيَّة؛ لأنَّها افتتحت عنوةً، لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج، وكما لا رق على العرب فكذلك لا خراج على أراضيهم، كذا في زكاة «المبسوط».

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، إلى قوله: فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ، أي: سواء قسم بين الغانمين أو أقر أهلها.

ثم اعلم أن خراج الأراضي على نوعين:

(١) خراج مقاسمة: وهو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج نحو الخمس والسدس

الأَنْهَارِ فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ، وَمَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا مَاءُ الأَنْهَارِ وَاسْتُخْرِجَ مِنْهَا عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ)؛ لِأَنَّ العُشْرَ يَتَعَلَّقُ بِالأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعْتَبَرُ السَّقْيُ بِمَاءِ العُشْرِ أَوْ بِمَاءِ الخَرَاجِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ) وَمَعْنَاهُ بِقُرْبِهِ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ)، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ العُشْرِ

وما أشبه ذلك. (٢) وخراج وظيفة: وهو أن يكون الواجب شيئاً في الذِّمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض في كل جريبٍ يصلح للزراعة في كل سنة قفيز من الحنطة أو الشعير ودرهم، كذا في «فتاوى قاضي خان».

قوله: وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، هذا الإطلاق محمول على المقيَّد، وهو ما إذا كان المحيي مسلماً، وأمَّا إذا كان المحيي ذميًّا فعليه الخراج، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ العُشْرِ، إلى هذا أشار في زكاة «المبسوط».

وذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير»: وليس على المجوسي في داره شيء، عليه إجماع الصحابة، فإن جعلها بستانًا ففيه الخراج سواء سقاها بماء العشر أو بماء الخراج؛ لأن في العشر معنى العبادة فلا يمكن إيجابها على الكافر.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ ... فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ، فإن قيل: هذه المسألة موضوعة في المسلم، وقد ذكر محمد رحمه الله في سير «الزيادات»: أن المسلم لا يبتدئ بتوظيف الخراج.

قلنا: قال شمس الأئمَّة السرخسي: معنى هذا أنه لا يبتدئ بتوظيف الخراج عليه إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك، وهو السقي من ماء الخراج؛ إذ الخراج يجب جزاءً للمقاتلة، فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ (وَالبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُشْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ)؛ لِأَنَّ حَيِّزَ الشَّيْءِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ، كَفِنَاءِ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِصَاحِبِهَا الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَكَذَا لا يَجُوزُ أَخْذُ مَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ، وَكَانَ القِيَاسُ فِي البَصْرَةِ أَنْ تَكُونَ خَرَاجِيَّةً؛ لِأَنَّهَا مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ الخَرَاجِ، إِلَّا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَّفُوا عَلَيْهَا العُشْرَ فَتُرِكَ القِيَاسُ لِإِجْمَاعِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِنْ أَحْيَاهَا بِبِئْرٍ حَفَرَهَا أَوْ بِعَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءِ دِجْلَةَ

قوله: وَالبَصْرَةُ عِنْدَهُ عُشْرِيَّةٌ، هذا جواب لإشكال يرد على مذهب أبي يوسف، وهو أن ما كان من حيز الأرض الخراجية فهو خراجي، والبصرة من حيز الأرض الخراجية ومع ذلك إنَّها عشرية، فقال: ذلك حكم يثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم بخلاف القياس.

قوله: كَفِنَاءِ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ، في حق الانتفاع، يعني: وإن كان ذلك الفناء غير مملوك له يجوز له الانتفاع به، لاتصاله بملكه أعطي له حكم الملك في حق الانتفاع، فكذلك هاهنا أعطي لهذه الأرض المحياة حكم جوازها لاتصالها به، وذكر في باب ما يُحدِّثه الرجل في الطريق من كتاب الجنايات من «الكتاب»: إذا قال المستأجر للأجراء: هذا فنائي، وليس له فيه حق الحفر فحفروا، فمات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً؛ لأنَّهم علموا بفساد الأمر فما غرَّهم، وفي الاستحسان الضمان على المستأجر؛ لأنه كونه فناءً له بمنزلة كونه مملوكاً له، لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين، والحطب، وربط الدابة، والركوب، وبناء الدكان، وبهذا يعلم أن فناء الدار في إطلاق التصرف لصاحب الدار، وإن لم يكن الفناء ملكاً له بمنزلة الملك فيه.

وذكر في «المبسوط»: ألا ترى أن ما يقرب من القرية في حق الانتفاع، ومنع الإحياء بمنزلة فناء الدار، ولفظ المنع من الإحياء إنما يذكر فيما إذا كان يصلح للانتفاع للعامة، وهو ليس بمملوك لأحدٍ، وأمَّا في حق المملوك فلا يستقيم ذكر المنع من الإحياء؛ لأن المنع إنَّما يتحقق فيما يتصورفيه الإحياء لكن منع لمانعٍ.

وقوله: وَكَذَا لا يَجُوزُ أَخْذُ مَا قَرُبَ، وفي نسخة: إحياء ما قرب، كما هو لفظ

أَوِ الفُرَاتِ أَوِ الأَنْهَارِ العِظَامِ الَّتِي لا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ) وَكَذَا إِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الأَعَاجِمُ) مِثْلَ نَهْرِ المَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجِرْدَ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنِ اعْتِبَارِ المَاءِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ وَلِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَوْظِيفُ الخَرَاجِ ابْتِدَاءً عَلَى المُسْلِمِ كَرْهًا فَيُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ المَاءُ؛ لِأَنَّ السَّقْيَ بِمَاءِ الخَرَاجِ دَلالَةٌ التِزَامِيَّةٌ.

قَالَ: (وَالخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ مِنْ كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ المَاءُ قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ، وَمِنْ جَرِيبِ الرَّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ وَمِنْ جَرِيبِ الكَرْمِ المُتَّصِلِ وَالنَّخِيلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَهَذَا هُوَ المَنْقُولُ عَنْ عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثْمَانَ بْنَ حُنَيْفٍ حَتَّى يَمْسَحَ سَوَادَ العِرَاقِ، وَجَعَلَ حُذَيْفَةَ مُشْرِفًا عَلَيْهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتًّا وَثَلَاثِينَ أَلْفَ أَلْفِ جَرِيبٍ وَوَضَعَ عَلَى ذَلِكَ مَا قُلْنَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ

«المبسوط»، والمراد من الأخذ الإحياء أيضًا.

نَهْرِ المَلِكِ: على طريق الكوفة من بغداد.

يَزْدَجِرْدَ: ملك من ملوك العجم.

الجريب: أرض طولها ستون ذراعًا، وعرضها ستون ذراعًا، بذراع الملك كسرى، يزيد هو على ذراع العامة بقبضة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في زكاة «الجامع الصغير».

وذكر في «المغرب»: الذراع المكسرة ستّ قبضات، وهي ذراع العامة، وإنما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك بقبضة، وكانت ذراعه سبع قبضات.

وَقَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ: وقد ذكرناه من «فتاوى قاضي خان» أنه حنطة أو شعير، ولكن ذكر في «شرح الطحاوي»: قفيز مما يزرع فيها.

الرَّطْبَةِ: الإسفست، ومنه حديث حذيفة وابن حنيف إلى آخره، كذا في «المغرب».

مِّنَ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ نكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ، وَلِأَنَّ الْمُؤَنَ مُتَفَاوِتَةٌ فَالكَرْمُ أَخَفُّهَا مُؤْنَةً وَالمَزَارِعَ أَكْثَرُهَا مُؤْنَةً وَالرُّطَبُ بَيْنَهُمَا، وَالوَظِيفَةُ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِلَ الوَاجِبُ فِي الكَرْمِ أَعْلاهَا وَفِي الزَّرْعِ أَدْنَاهَا وَفِي الرُّطَبَةِ أَوْسَطَهَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الأَصْنَافِ كَالزَّعْفَرَانِ وَالبُسْتَانِ وَغَيْرِهِ يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرَ وَقَدِ اعْتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذَلِكَ فَنَعْتَبِرُهَا فِيمَا لا تَوْظِيفَ فِيهِ، قَالُوا: وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ أَنْ يَبْلُغَ الوَاجِبُ نِصْفَ الخَارِجِ لا يُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الإِنْصَافِ لِمَا كَانَ لَنَا أَنْ نُقَسِّمَ الكُلَّ بَيْنَ الغَانِمِينَ، وَالبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ أُخَرُ، وَفِي دِيَارِنَا وَظَّفُوا مِنَ الدَّرَاهِمِ فِي الأَرَاضِي كُلِّهَا وَتُرِكَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ مِنْ أَيِّ شَيْءٍ كَانَ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ تُطِقْ مَا وُضِعَ عَلَيْهَا نَقَصَهُمُ الإِمَامُ) وَالنُّقْصَانُ عِنْدَ قِلَّةِ الرِّيعِ جَائِزٌ بِالإِجْمَاعِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لَعَلَّكُمَا حَمَّلْتُمَا الأَرْضَ مَا لا تُطِيقُ،

قوله: فَالكَرْمُ أَخَفُّهَا مُؤْنَةً، وأكثرها ريعـًا؛ لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة، والمزارع أقلها ريعًا وأكثرها مؤنةً؛ لأنها تحتاج إلى الزراعة وإلقاء البذر في كل عام.

قوله: وَالرُّطَبُ بَيْنَهُمَا؛ لأنَّها تبقى أعوامـًا، ولا تدوم دوام الكروم، فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم، ودون مؤنة المزارع، والوظيفة تتفاوت بتفاوت المؤن لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ما سقته السماء ففيه العشر، وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر».

قوله: كَالزَّعْفَرَانِ وَالبُسْتَانِ وَغَيْرِهِ يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، أي: أرض الزعفران تلحق بأرض الزرع، أو الرطبة، أو الكرم، وبأيها كانت أشبه في قدر الغلَّة، فهو يبلغ الطاقة،

فَقَالَا: لا بَلْ حَمَّلْنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلَوْ زِدْنَا لَأَطَاقَتْ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ النُّقْصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِنْدَ زِيَادَةِ الرِّيعِ يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ اعْتِبَارًا بِالنُّقْصَانِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لَمْ يَزِدْ حِينَ أُخْبِرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ. (وَإِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الخَرَاجِ المَاءُ أَوِ انْقَطَعَ المَاءُ عَنْهَا أَوِ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزِّرَاعَةِ، وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ المُعْتَبَرُ فِي الخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ فِي بَعْضِ الحَوْلِ وَكَوْنُهُ

كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

والاصطلام: الاستيصال، از بُنْ بَرْ كَرْدَن.

قوله: أَوِ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ عَلَيْهِ؛ لأنه مصاب فيستحق المؤنة، ولو أخذناه بالخراج كان به استيصاله.

وممَّا حُمد من سير الأكاسرة أنَّهم كانوا إذا اصطلم الزرع آفة، يردُّون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا في الأرض، ويقولون: التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح، فإن لم تردّ عليه شيئاً فلا أقلَّ من أن لا يأخذ منه الخراج، وهذا بخلاف الأجر، فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع؛ لأن الأجر عوض المنفعة، فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الأجر ديناً في ذمته، فأمَّا الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الأراضي، فلا يمكن إيجابه بعدما اصطلم الزرع آفة؛ لأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض، بخلاف ما إذا عطلها لا يسقط خراجها؛ لأنه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها، وقصد بذلك إسقاط حق مصارف الخراج، فيرد عليه قصده، بخلاف العشر، فالواجب هناك جزء من الخراج، والإيجاب بدون المحل لا يتحقق، وهاهنا الواجب مال في ذمته باعتبار تمكنه من الانتفاع بالأرض، فلم ينعدم ذلك بتعطيله الأرض، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: الفرق بين الأجر والخراج، مع أن وجوب كل واحدٍ منهما متعلق بالتمكن، هو أن الأجر يجب شيئاً فشيئاً بمقابلة استيفاء المنفعة، ولا كذلك

نَامِيًا فِي جَمِيعِ الحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ أَوْ يُدَارُ الحُكْمُ عَلَى الحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الخَارِجِ.

قَالَ: (وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ)؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي فَوَّتَهُ، قَالُوا: مَنِ انْتَقِلَ إِلَى أَخَسِّ الأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَعَلَيْهِ خَرَاجُ الأَعْلَى؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي

الخراج؛ لأنه لا يجب شيئًا فشيئًا، فيعتبر المكنة في المدة التي يحصل فيها الريع.

ثم قال: هذا إذا ذهب كل الخارج، أمَّا إذا ذهب بعضه، فإن بقي مقدار الخراج ومثله، بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج؛ لأنه لا يزيد على نصف الخارج، وإن بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه.

قال مشايخنا: ما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام، محمولٌ على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانيًا، أمَّا إذا بقي فلا يسقط الخراج.

قوله: وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الَّذِي فَوَّتَهُ، هذا إذا كانت الأرض صالحةً للزارعة، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها، أمَّا إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعةً، ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له، وإن شاء آجرها وأخذ ذلك من الأجرة، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال، فإن لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج، وهذا بلا خلاف، وإن كان هذا نوع حجر وفيه ضرر، ولكن هذا إلحاق ضرر بواحد للعامة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: تدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضًا.

وفي «جمع الشهيد» رحمه الله: باع أرضًا خراجيَّة، فإن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه، وإلا فعلى البائع، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: قَالُوا: مَنِ انْتَقِلَ إِلَى أَخَسِّ الأَمْرَيْنِ، إلى آخره؛ بأن كانت الأرض صالحةً للأعلى، وهو الزعفران، فزرع الشعير، يجب الزعفران، إلا أن هذا ممَّا يعلم ولا يفتى به.

ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرَفُ وَلا يُفْتَى بِهِ كَيْ لا يَتَجَرَّأَ الظَّلَمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الخَرَاجِ أُخِذَ مِنْهُ الخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى المُؤْنَةِ فَيُعْتَبَرُ مُؤْنَةً فِي حَالَةِ البَقَاءِ فَأَمْكَنَ إِبْقَاؤُهُ عَلَى المُسْلِمِ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ المُسْلِمُ أَرْضَ الخَرَاجِ مِنَ الذِّمِّيِّ وَيُؤْخَذَ مِنْهُ الخَرَاجُ لِمَا قُلْنَا)، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشْتَرَوْا أَرَاضِيَ الخَرَاجِ وَكَانُوا يُؤَدُّونَ خَرَاجَهَا، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الشِّرَاءِ وَأَخْذِ الخَرَاجِ وَأَدَائِهِ لِلْمُسْلِمِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ (وَلا عُشْرَ فِي الخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الخَرَاجِ) وَقَالَ

قوله: كَيْ لا يَتَجَرَّأَ الظَّلَمَةُ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ، فإن قيل: كيف يجوز هذا، وهم لو أخذوا كان أخذهم في موضعه لكونه واجباً؟

قلنا: المعنى من ذلك أنَّا لو أفتينا بذلك يدعي كل ظالم في أرض ليس هذا شأنها، كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران أو الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران أو الزراجين، وهذا منهم طمع في غير مَطْمع، فيكون هذا ظلماً وعدواناً، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الخَرَاجِ أُخِذَ مِنْهُ الخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ، بخلاف الجزية على ما يجيء، وقال مالك: يسقط ذلك أيضًا، وكذلك إذا باعها من مسلمٍ، فاعتبر خراج الأرض بخراج الرأس، فكما لا يجب على المسلم بعد إسلامه ذلك فكذلك خراج الأرض.

ولكنا نقول: الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر، والمسلم من أهل التزام المؤنة؛ وهذا لأنه بعد الإسلام لا تخلى أرضه عن مؤنة، فإبقاء ما تقرر واجباً أولى؛ لأنا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر بخلاف خراج الرأس، فإنا لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا يحتاج إلى إيجاب مؤنة أخرى عليه.

قوله: مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، احتراز عما يقوله المتقشِّفة، فإنَّهم يكرهونه، ويستدلون بما رُوي: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال: ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا»، ظنوا أن المراد الذل بالتزام الخراج، وليس كذلك، بل المراد أن المسلمين إذا

الشَّافِعِيُّ: يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ وَجَبَا فِي مَحِلَّيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَلَا يَتَنَافَيَانِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ»، وَلِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَئِمَّةِ العَدْلِ وَالجَوْرِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا، وَكَفَى بِإِجْمَاعِهِمْ حُجَّةً؛ وَلِأَنَّ الخَرَاجَ يَجِبُ فِي أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً قَهْرًا، وَالعُشْرُ فِي أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا طَوْعًا، وَالوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ، وَسَبَبُ الحَقَّيْنِ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَرْضُ النَّامِيَةُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي العُشْرِ تَحْقِيقًا وَفِي الخَرَاجِ تَقْدِيرًا، وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الأَرْضِ،

اشتغلوا بالزراعة، واتبعوا أذناب البقر، وقعدوا عن الجهاد كرَّ عليهم عدوّهم فجعلوهم أذلة.

وقد رُوي عن عبد الله ابن مسعود، والحسين بن علي، وشريح رضي الله عنهم أنه كانت لهم أرضون بالسواد، يؤدون خراجها، وبهذا تبيَّن أن خراج الأرض لا يُعدّ من الصَّغار، إنَّما الصَّغار خراج الإعتاق.

ثم لو كان في خراج الأرض صغار، فمعنى الصَّغار في ابتداء وضع الخراج دون البقاء، كما أنَّ معنى العقوبة في ابتداء الاسترقاق دون البقاء، بخلاف خراج الرأس، فإنه ذل ابتداءً وبقاءً، فلذلك لا يبقى بعد الإسلام، كذا في «المبسوط».

قوله: فِي مَحِلَّيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، أي: في محلين مختلفين بسببين مختلفين، وكذلك لمصرفين مختلفين، أمَّا اختلاف المحل فإن الخراج في ذمة المالك، والعشر في الخارج، وأمَّا اختلاف السبب فإن سبب الخراج الأرض النامية تقديرًا، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقًا، وأمَّا اختلاف المصرف فإن الخراج مصروف إلى المقاتلة، والعشر يصرف إلى الفقراء.

قوله: وَالوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ، فإنَّ بينهما تنافيًا؛ لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر، فلمَّا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان.

قوله: وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الأَرْضِ، فيقال: عشر الأرض، وخراج الأرض.

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

(وَلا يَتَكَرَّرُ الخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الخَارِجِ فِي سَنَةٍ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ لَمْ يُوَظِّفْهُ مُكَرَّرًا، بِخِلَافِ العُشْرِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ عُشْرًا إِلَا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِجٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا، أي: يجب العشر أو الخراج عندنا، ولا تجب الزكاة، صورته: رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا، وعند محمد رحمه الله أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج، وهو قول الشافعي رحمه الله، فوجه قولهما أن العشر محله الخارج، والزكاة محلها عين مال التجارة وهو الأرض، فلم يجتمعا في محل واحدٍ، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر، كالدين مع العشر.

ووجه قولنا أن العشر والخراج مؤنة الأرض النامية، ألا ترى أنه يقال: عشر الأرض، وخراج الأرض، وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الأرض، وكل واحد منهما يجب حقًّا لله تعالى، فلا يجب بسبب ملك مالٍ واحدٍ حقَّان لله تعالى، كما لا تجب زكاة السائمة، وزكاة التجارة باعتبار مال واحد، وإذا ثبتَ أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا: العشر والخراج صارا وظيفةً لازمة لهذه الأرض لا يسقط بإسقاط المالك، وهي أسبق ثبوتـًا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنيَّته، فلهذا بقيت عشريةً وخراجيةً كما كانت، كذا في «المبسوط».

وبقوله في «المبسوط»: وكل واحد منهما يجب حقًّا لله تعالى، خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر، فإن الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى، فلا تنافي بينهما فيجبان، وإن كان بسبب ملك واحدٍ.

قوله: لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لَمْ يُوَظِّفْهُ مُكَرَّرًا؛ ولأن ربع عامة الأراضي في السنة يكون مرَّة واحدةً؛ وإنما يبنى الحكم على العام الغالب، كذا في «المبسوط»، والله أعلم بالصواب.

(بَابُ الجِزْيَةِ)

بـاب الجزية

لمَّا ذكر خراج الأراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤوس وهو الجزية، إلا أنه قدم الأول؛ لأن العشر يشاركه في سببه، وفي العشر معنى القربة، وبيان القربات مقدَّم.

الجزية: اسم لما يُؤخذ من أهل الذمة، والجمع: الجزَى، مثل اللحية واللحى، وإنَّما سميت بها؛ لأنها تجزي عن الذمي، أي: تقضي وتكفي عن القتل، فإنه إذا قبِّلها يسقط عنه القتل.

ثمَّ جواز خراج الرؤوس ثابت بالكتاب والسنة.

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ۝٢٩﴾ [التوبة: ٢٩].

والسنة ما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أخذ الجزية من مجوس هجر، وأخذ الحلل من نصارى نجران، وكانت جزية، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «سُنُّوا بالمجوس سنة أهل الكتاب»، يعني في أخذ الجزية منهم.

وقد طعن بعض الملحدين وقالوا: كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجرائم بمال يؤخذ منه؟ ولو جاز ذلك جاز تقرير الزانِي على الزنا بمال يؤخذ منه، والكلام في هذا يرجع إلى الكلام في إثبات الصانع، وأنه حكيم، وإثبات النبوَّات.

ثم نقول: المقصود ليس هو المال، بل الدعاءَ إلى الدين بأحسن الجهات؛ لأن بعقد الذمة يترك القتال، ولا يقتل من لا يقاتل، ثم يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الدين، ويعظه واعظ فرُبَّما يسلم، إلا أنه إذا سكن دار الإسلام، فما دام مصِرًّا على كفره لا يخلى عن صغار وعقوبة، وذلك بالجزية التي تؤخذ منه ليكون ذلك دليلًا على ذلِّ الكافر، وعزِّ

(وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالَحَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَهْلَ نَجْرَانَ عَلَى أَلْفٍ وَمِائَتَيْ حُلَّةٍ»، وَلِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي فَلَا يَجُوزُ التَّعَدِّي إلَى غَيْرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقُ (وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِئُ الإِمَامُ وَضْعَهَا إذَا غَلَبَ الإِمَامُ عَلَى الكُفَّارِ، وَأَقَرَّهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ، فَيَضَعُ عَلَى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا يَأْخُذُ

المؤمن، ثم يأخذ المسلمون منه الجزية خَلفاً عن النصرة التي فاتت بإصراره على الكفر؛ لأن من هو من أهل الإسلام فعليه القيام بنصرة الدار، وأبدانهم لا تصلح لهذه النصرة؛ لأنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية، فيشوشون علينا أمر الحرب، فيؤخذ منهم المال ليصرف إلى الغزاة الذين يقومون بنصرة الدار، ولهذا يختلف باختلاف حاله في الغنى والفقر، فإنه معتبر بأصل النصرة، والفقير لو كان مسلمًا كان ينصر الدار راجلًا، ووسط الحال كان ينصر الدار راكباً، والفائق في الغنى كان يركب ويركب غلاماً، فما كان خلفاً عن النصرة يتفاوت بتفاوت الحال أيضًا، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: اعلم أنَّ أهل الذمة في حق ما يجب عليهم أنواع ثلاثة: التغلبي، والنجرانِي من النصارى، وسائر أهل الذمة، فالتغلبي تؤخذ منه الصدقة مضاعفةً اتباعًا لعمر رضي الله عنه، والنجرانِي تؤخذ منه الحلل اتباعا لرسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وسائر أهل الذمة يؤخذ منهم الجزى على المقادير التي ذكرها في الكتاب.

وذكر في «الصحاح»، و«المغرب»: نَجْرَانَ، بلاد وأهلها نصارى.

والحُلَّة إزارٌ ورداءٌ، هذا هو المختار، ولا يُسمَّى حلة حتى يكون ثوبين، وهي من الحلول أو الحل؛ لما بينهما من الفرجة.

قوله: وَلِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي، فالموجب لوجوب الجزية في الأصل هو اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا، لا التراضي، وإنَّما التراضي لتعيين ما رضوا عليه من الأموال بعد أن وجب عليهم أصل الجزية بسببه الذي قلنا، فصار هذا كوجوب الدية بالتراضي

مِنْهُمْ فِي كُلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ، وَعَلَى وَسَطِ الحَالِ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَيْنِ، وَعَلَى الفَقِيرِ المُعْتَمِلِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمًا) وَهَذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضَعُ عَلَى كُلِّ حَالِمٍ دِينَارًا أَوْ مَا يَعْدِلُ الدِّينَارَ، وَالغَنِيُّ وَالفَقِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِمُعَاذٍ خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ دِينَارًا أَوْ عَدْلَهُ مَعَافِرَ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الجِزْيَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ حَتَّى لا تَجِبَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ بِسَبَبِ الكُفْرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسْوَانِ، وَهَذَا المَعْنَى يَنْتَظِمُ الفَقِيرَ وَالغَنِيَّ، وَمَذْهَبُنَا مَنْقُولٌ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ

في القتل العمد، فإن القتل عمدًا غير موجب للدية في أصله، بل هو موجب للقصاص، لكن للتراضي تأثير في العدول عن القصاص إلى الدية، فكذلك هاهنا للتراضي تأثير في العدول عن مطلق وجوب الجزية التي يختارها الإمام، إلى ما عيَّنوه من المال بالتراضي.

قوله: وَعَلَى الفَقِيرِ المُعْتَمِلِ، وإنما قيد بالاعتمال، وهو الاضطراب في العمل، أي: في الاكتساب؛ لما أنه لو لم يعمل بسبب المرض لا يجب عليه الجزية على ما يجيء.

وذكر في «الإيضاح»: ولو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر أن يعمل، وهو موسر، إنه لا يجب عليه خراج رأسه؛ لما ذكرنا أنه يجب على الصحيح المعتمل، وكذا إن مرض نصف السنة أو أكثرها، وإن صحَّ أكثر السنة فعليه خراج رأسه؛ لأن للأكثر حكم الكل، وأمَّا لو ترك العمل مع القدرة عليه صار كالمعتمل، كمن قدر على الزراعة فلم يزرع يجب عليه الخراج.

قوله: مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ، أي: من كل بالغ وبالغة.

قوله: أَوْ عَدْلَهُ مَعَافِرَ، أي: أو خُذ مثل دينارٍ بردًا من هذا الجنس، يقال: ثوب معافريٌّ، منسوب إلى معافر بن مُرٍّ، ثمَّ صار له اسماً بغير نسبة، كذا في «المغرب».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: معافر حيٌّ من همدان، يُنسب إليه هذا النوع من الثياب.

وعَدلُ الشيء: بالفتح، مثله من خلاف جنسه، و بالكسر مثله من جنسه.

اللهُ عَنْهُمْ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ مِّنَ المُهَاجِرِينَ وَالأَنْصارِ؛ وَلِأَنَّهُ وَجَبَ نُصْرَةً لِلْمُقَاتِلَةِ فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنْزِلَةِ خَرَاجِ الأَرْضِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالمَالِ وَذَلِكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثْرَةِ الوَفْرِ وَقِلَّتِهِ، فَكَذَا مَا هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ ذَلِكَ صُلْحًا، وَلِهَذَا أَمَرَهُ بِالأَخْذِ مِنَ الحَالِمَةِ وَإِنْ كَانَتْ لا يُؤْخَذُ مِنْهَا الجِزْيَةُ.

قَالَ: (وَتُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الكِتَابِ وَالمَجُوسِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنَ الَّذِينَ

قوله: وَهَذَا لِأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ بِالنَّفْسِ وَالمَالِ، ولهذا صرفت الجزية إلى أهل الجهاد دون الفقراء والمساكين، ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين.

فإن قيل: هذا لا يجوز؛ لأن القتال فرض كفاية والجزية فرض عين، قلنا: إن القتال في الأصل واجب على كل إنسان منَّا، لكنه وجب للذبِّ عن الدار، وكسر شوكة الكفار، فإذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الآخرين، وهذا كالسعي واجب على كل مسلم إلى صلاة الجمعة، فإن حمله إنسان كرهًا إلى المسجد سقط عنه ذلك؛ لأنه وجب لإمكان الجمعة، وقد حصل بدون فعله، فكذلك الجهاد، حتى إذا لم يحصل ذلك لزم على كل إنسان ذلك.

فإن قيل: النصرة طاعة لله تعالى، وهذه عقوبة، فكيف تكون العقوبة خلفًا عن الطاعة؟ قلنا: إن الخلفية عن النصرة في حق المسلمين؛ لما فيه من زيادة القوة للمسلمين، وهما يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم، بمنزلة ما لو أعاروا دوابَهم للمسلمين، كذا في «الأسرار».

قوله: وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ ذَلِكَ صُلْحًا، والدليل على ذلك أنه أمر بالأخذ من النساء، والجزية لا تجب على النساء، كذا في «المبسوط».

قوله: وَتُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الكِتَابِ، أطلق أهل الكتاب ولم يقيِّد بأنَّهم من العجم

أُوتُوا الكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ، «وَوَضَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الجِزْيَةَ عَلَى المَجُوسِ».

قَالَ: (وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَجَمِ) وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ القِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩٣] إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَا جَوَازَ تَرْكِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الكِتَابِ بِالكِتَابِ وَفِي حَقِّ المَجُوسِ بِالخَبَرِ فَبَقِيَ مَنْ وَرَاءَهُمْ عَلَى الأَصْلِ، وَلَنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَجُوزُ ضَرْبُ الجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

أو من العرب ليتناول الفريقين كلهم، فإن وضع الجزية على أهل الكتاب من العرب جائز، بخلاف المشركين من العرب على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى.

قوله: وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَجَمِ، بالجر عطفًا على أهل الكتاب؛ وإنما قيَّد بقوله: مِنَ العَجَمِ، احترازًا عن عبدة الأوثان من العرب، فإنه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب، ثم قيد فيه بأن لا يوضع على عبدة الأوثان من العرب احترازًا عن أهل الكتاب من العرب، فإنه يوضع عليهم.

قوله: وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وخلافه فيمن يوضع عليه الجزية، وفيمن يسترق، فكان خلافه هاهنا في موضعين:

أمَّا فيمن توضع عليه الجزية، وفيمن يسترق، ففي عبدة الأوثان من العجم، فعندنا يوضع عليهم الجزية، وعنده لا يوضع عليهم الجزية بل يسترقون، وأمَّا فيمن يسترق، فعندنا لا يسترق مشركوا العرب، وعنده يسترقون.

وفي «الأسرار»: وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل الجزية إلا من أهل الكتاب، ويسترق مشركوا العرب والعجم جميعًا.

قوله: إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أي: من الاسترقاق وضرب الجزية، فإنهما متساويان، فيجريان مجرًى واحدًا، فإن الاسترقاق سلب النفس معنًى، وكذا أخذ الجزية؛ لأنه يعمل

يَشْتَمِلُ عَلَى سَلْبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَإِنَّهُ يَكْتَسِبُ وَيُؤَدِّي إِلَى الْمُسْلِمِينَ وَنَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ (وَإِنْ ظُهِرَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ)؛ لِجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ. (وَلا تُوضَعُ عَلَى عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَرَبِ وَلا المُرْتَدِّينَ) لِأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ، أَمَّا مُشْرِكُو العَرَبِ فَلِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَشَأَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَالقُرْآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِمْ فَالمُعْجِزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرُ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ؛ فَلِأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعْدَمَا هُدِيَ

ويؤدي ما يكتسب إلى المسلمين، فكل من جاز إبقاؤه للاسترقاق، جاز إبقاؤه لأخذ الجزية، كذا في «الإيضاح».

ولا يلزم على هذا استرقاق الصبيان؛ لأنَّهم صاروا أتباعًا لأصولهم في الكفر، فلزمهم حكم الأصول أيضًا، كذا في «الأسرار».

فإن قيل: الجزية ليست بمساوية للاسترقاق، ألا ترى أن المرأة تسترق ولا يجوز ضرب الجزية عليها، قلنا: امتناع ضرب الجزية عليها لمانع لا يدل على عدم مساواتهما، والجزية مشروعة لإسقاط القتل، فكل من يقتل من الكفار باعتبار صلاحيتهم القتال يؤخذ منهم الجزية، والمرأة لا تقتل فلا يؤخذ منها الجزية لذلك، وأمَّا المساواة بين ضرب الجزية والاسترقاق فثابتة لما ذكرنا، وبدليل ثبوت الخيار للإمام عند الظهور عليهم في رقابهم بين الاسترقاق وبين ضرب الجزية على رقابهم.

قوله: وَإِنْ ظُهِرَ عَلَيْهِمْ، أي: على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم.

قوله: قَبْلَ ذَلِكَ، أي: قبل وضع الجزية، أي: الحكم فيهم لو لم توضع الجزية عليهم، فهم بأجمعهم من الرجال والنساء والصبيان غنيمة للمسلمين.

قوله: وَلا تُوضَعُ عَلَى عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَرَبِ، وإنما قيَّد بعبدة الأوثان من العرب؛ لأن وضع الجزية على أهل الكتاب من العرب جائزٌ، فإنه ذكر في «شرح الجامع الصغير» للإمامين العلمين في الإتقان، الجبلين في التبيان، أعني: شمس الأئمَّة وفخر الإسلام رحمهما الله تعالى: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في قوم عَربٍ من أهل الكتاب: أرادوا

لِلْإِسْلَامِ وَوَقَفَ عَلَى مَحَاسِنِهِ فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الفَرِيقَيْنِ إلَّا الإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ زِيَادَةً فِي العُقُوبَةِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُسْتَرَقُّ مُشْرِكُو العَرَبِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

(وَإِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِمْ فَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ) لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -

منًا أن نأخذ منهم الخراج فيكونون ذمَّة لنا، قال نفعله ولا بأس به، وإن ظهرنا عليهم قبل أن نعطيهم من ذلك شيئاً فهم رجالهم ونسائهم فيءٌ.

وأصله قول الله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩]، ولم يفصِّل، بل الظاهر أنَّها نزلت في العرب؛ وأنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلَّم صالح أهل نجران، وهم نصارى من العرب، على ألف ومائتي حلةٍ، وأنَّ عُمر رضي الله عنه طلبَ الجزية من بني تغلب وهم نصارى العرب؛ ولأن في كفرهم ضرب خفَّة بسبب الكتاب، فصح تقريرهم على كفرهم بالجزية، فإن ظهرنا عليهم كانوا فيئًا؛ لأنه لمَّا صحَّ تقريرهم على كفرهم بالجزية صحَّ تقريرهم بضرب الرق؛ لأن في كل واحدٍ من الموضعين إحياؤه بطريقٍ فيه منفعة للمسلمين، وأمَّا عبدة الأوثان من العرب لا يجوز أخذ الجزية منهم، فلا يجوز استرقاقهم أيضًا.

فإن قيل: أليس أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال يوم أوطاس: لو جرى رقّ على عربيٍّ لجرى اليوم من غير تفصيلٍ بين عبدة الأوثان منهم وبين أهل الكتاب؟ قلنا: مراده عربيّ الأصل، وأهل الكتاب وإن سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا، فهم ليسوا بعرب في الأصل، وإنَّما العرب في الأصل عبدة الأوثان، فإنَّهم أميُّون كما وصفهم الله تعالى به.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ.

قوله: وَإِذَا ظُهِرَ عَلَيْهِمْ - أي: على مشركي العرب والمرتدين - **فَنِسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ**، إلا أن ذراري المرتدين ونسائهم يجبرون على الإسلام، وذراري عبدة الأوثان من العرب ونساؤهم لا يجبرون على الإسلام؛ لأن أولئك لم يثبت في حقِّهم حكم الإسلام، والإجبار على الإسلام يكون بعد ثبوت حكم الإسلام في حقِّه، وذراري المرتدين قد ثبتَ

اسْتَرَقَّ نِسْوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِبْيَانِهِمْ لَمَّا ارْتَدُّوا وَقَسَّمَهُمْ بَيْنَ الغَانِمِينَ (وَمَنْ لَمْ يُسْلِمْ مِنْ رِجَالِهِمْ قُتِلَ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلا جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلا صَبِيٍّ) لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ أَوْ عَنِ القِتَالِ وَهُمَا لا يُقْتَلَانِ وَلا يُقَاتِلَانِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ.

قَالَ: (وَلا زَمِنٍ وَلا أَعْمَى) وَكَذَا المَفْلُوجُ وَالشَّيْخُ الكَبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الجُمْلَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ (وَلا عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، لَهُ إِطْلَاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلَنَا أَنَّ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمْ يُوَظِّفْهَا عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِّنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ لا يُوَظَّفُ عَلَى أَرْضٍ

حكم الإسلام في حقهم تبعًا لآبائهم، فيجبرون على الإسلام.

وأمَّا المرتدات فقد كنَّ مقرات بالإسلام، والجاحد بعد الإقرار يجبر على العود إلى الإقرار، والعربية لم يسبق منها للإقرار بالإسلام، فلا تجبر على الإسلام بعد الاسترقاق، كذا في «الجامع الصغير» للعلامتين رحمهما الله.

وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب، وأمَّا الصابئون قال أبو حنيفة رضي الله عنه: تؤخذ منهم الجزية، وقال صاحباه: لا تؤخذ، قالوا: إنَّما قال بذلك أبو حنيفة رحمه الله لأنه وقع في رأيه أنَّهم من أهل الكتاب، وأمَّا الزنادقة فأخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم، قالوا: لو جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقرَّ أنه زنديق فتابَ عن ذلك تقبل توبته، فإن أخذ ثم تابَ لا تقبل توبته؛ لأنَّهم باطنية تظهرون شيئًا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك، فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية، ولا تقبل توبتهم، كذا في سير «فتاوى قاضي خان».

حَنِيفَةَ: أبو حيٍّ من العرب، وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل، كذا في «الصحاح»، وقيل: المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب.

قوله: لَهُ إِطْلَاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو قوله: خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ.

لا طَاقَةَ لَهَا فَكَذَا هَذَا الخَرْجُ، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى المُعْتَمِلِ.

(وَلا تُوضَعُ عَلَى المَمْلُوكِ وَالمُكَاتَبِ وَالمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ القَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا، وَعَلَى اعْتِبَارِ الثَّانِي لا تَجِبُ فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ (وَلا يُؤَدِّي عَنْهُمْ مَوَالِيهِمْ) لِأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ.

(وَلا تُوضَعُ عَلَى الرُّهْبَانِ الَّذِينَ لا يُخَالِطُونَ النَّاسَ) كَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا، وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُوضَعُ عَلَيْهِمْ إِنْ كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى العَمَلِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَجْهُ الوَضْعِ عَلَيْهِمْ أَنَّ القُدْرَةَ عَلَى العَمَلِ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَهَا فَصَارَ كَتَعْطِيلِ الأَرْضِ الخَرَاجِيَّةِ، وَوَجْهُ الوَضْعِ عَنْهُمْ أَنَّهُ لا قَتْلَ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا لا يُخَالِطُونَ النَّاسَ، وَالجِزْيَةُ فِي حَقِّهِمْ لِإِسْقَاطِ القَتْلِ، وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ

قوله: لِأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ، أي: صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال، فإن عيسى بن أبان رحمه الله فسَّر الغني بأن كان ما يملكه يكفيه وعياله ويفضل، فرُبَّما كان الرجل بكثرة غلمانه وأكسابهم يكون على هذه الصفة فيكون غنيًّا، وجزية الغني على ضعف جزية الفقير، فكان تحمل زيادة الجزية بسبب الغلمان، ثمَّ لو قلنا بأنه يؤدي عنهم أيضاً لكان وجوب الجزية مرَّتين بسبب شيءٍ واحدٍ، وذلك لا يجوز.

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ، سواءٌ كان قبل استكمال السنة أو بعدها، قبل أن يؤخذ منه خراج رأسه سقط عنه ذلك عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: إن أسلم بعد كمال السنة لم تسقط، وإن أسلم قبل كمال السنة فله فيه وجهان، وكذلك إذا مات كافرًا، وكذلك إذا عمي، أو صار مقعدًا، أو زمناً، أو شيخاً كبيرًا لا يستطيع أن يعمل، أو صار فقيرًا لا يقدر على شيءٍ، وبقي عليه من جزية رأسه شيءٌ، سقط ذلك الباقي، كذا في «فتاوى قاضي خان».

المُعْتَمِلُ صَحِيحًا وَيَكْتَفِي بِصِحَّتِهِ فِي أَكْثَرِ السَّنَةِ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ كَافِرًا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِمَا، لَهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ العِصْمَةِ أَوْ عَنِ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ المُعَوَّضُ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ العِوَضُ بِهَذَا العَارِضِ كَمَا فِي الأُجْرَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جِزْيَةٌ» وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الكُفْرِ

قوله: وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ العِصْمَةِ أَوْ عَنِ السُّكْنَى، وإنَّما ردد بينهما؛ لأن العلماء اختلفوا في أن الجزية وجبت بدلًا عمَّاذا قال بعضهم: بدلًا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة، وبه قال الشافعي رحمه الله فقال: لأن الله تعالى أمر بالقتال ومدَّه إلى غاية، وهي إعطاء الجزية، كذا في «الإيضاح».

وقال بعضهم: بدلًا عن النصرة التي فاتت بإصرارهم على الكفر؛ لأنَّهم لمَّا صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة، ولهذا الدار دار معادية، وجبت عليهم القيام بنصرتها، ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة، فالظاهر أنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية للموافقة معهم في الاعتقاد، فأوجب الشرع عليهم الجزية لتؤخذ منهم، فتصرف إلى المقاتلة، فيكون خلفاً عن النصرة.

وقال بعضهم: هي بدل عن السكنى في دار الإسلام؛ لأنَّهم مع الإصرار على الشرك لا يكونون من أهل ديارنا باعتبار الأصل، وإنما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية.

واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنَّها بدل عن النصرة، ذكره في «المبسوط» فقال: وهو الأصح، ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الأعمى، والشيخ الفاني، والمعتوه، والمقعد، مع أنَّهم يشاركون في السكنى، ولكن لا يلزمهم أصل النصرة ببدنهم لو كانوا مسلمين، وكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه.

قوله: وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الكُفْرِ، إلى آخره، فإن قلتَ: الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما، فقال: ولنا أنه يجوز استرقاقهم، فيجوز ضرب

وَلِهَذَا تُسَمَّى جِزْيَةً وَهِيَ وَالجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعُقُوبَةُ الكُفْرِ تَسْقُطُ بِالإِسْلَامِ وَلَا تُقَامُ بَعْدَ المَوْتِ، وَلِأَنَّ شَرْعَ العُقُوبَةِ فِي الدُّنْيَا لَا يَكُونُ إِلَّا لِدَفْعِ الشَّرِّ وَقَدِ انْدَفَعَ بِالمَوْتِ وَالإِسْلَامِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَدْ قَدَرَ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ بَعْدَ الإِسْلَامِ، وَالعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَالذِّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ بَدَلِ العِصْمَةِ وَالسُّكْنَى.

الجزية عليهم؛ إذ كل واحدٍ منهما يشتمل على سلب النفس منهم، ثم كيف افترقا هاهنا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقاً بعد الإسلام، ولا تبقى الجزية بعد الإسلام مع أن كلًّا منهما في الابتداء ثبت بطريق المجازاة لكفرهم.

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر، وهو أن الجزية كما تجبُ بطريق المجازاة تجب صلة أيضًا، والصِّلات لا تتم إلا بالقبض، وتبطل بالموت قبل التسليم كالنفقات، وكذا إذا أسلم فإنَّها تسقط لما أن وجوب الجزية بطريق العقوبة ابتداءً وبقاءً، أما ابتداءً فظاهر؛ لأنَّها وجبت عند إصرارهم على الكفر، وأمَّا بقاءً فإن أعطى الجزية فالواجب فيه أن يكون على وجه الصغار والمذلة، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

قوله: وَعُقُوبَةُ الكُفْرِ تَسْقُطُ بِالإِسْلَامِ، لا محالة كالقتل، بخلاف الرق، فإنه في حالة البقاء من الأمور الحكمية، لا من عقوبات الكفر، حتى أنه يثبت بطريق التبعية بخلاف الجزية، أو أن لازمة أداء الجزية لمَّا كانت هي الصغار حتى لا يقبل أداؤها لو بعثها بيد نائبه في أصح الروايات، فيُعطى قائمًا، والقابض منه يقبضه قاعدًا على ما يأتِي في الكتاب، فانتفى بالإسلام شرط الأداء، وهو الأداء على وجه الصغار، فينتفى المشروط؛ لأن المشروط لا يتحقق بدون شرطه.

قوله: وَالعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا، جواب عن قوله: أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ العِصْمَةِ، فيمنع بهذا ويقول: العصمة كانت أمرًا أصليًّا له، لا أن يثبت باعتبار الجزية؛ لأن الآدمي في أصله خلق معصوماً، فلا يصح إضافة الأمر الأصلي إلى قبول الجزية الذي هو طارٍ.

(وَإِنِ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الحَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ خَرَاجُ رَأْسِهِ حَتَّى مَضَتِ السَّنَةُ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى لَمْ يُؤْخَذْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. (وَإِنْ مَاتَ عِنْدَ تَمَامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ فِي بَعْضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسْأَلَةُ المَوْتِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهَا، وَقِيلَ خَرَاجُ الأَرْضِ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَقِيلَ لَا تَدَاخُلَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ الخَرَاجَ وَجَبَ عِوَضًا، وَالأَعْوَاضُ إِذَا اجْتَمَعَتْ وَأَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا تُسْتَوْفَى، وَقَدْ أَمْكَنَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بَعْدَ تَوَالِي السِّنِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ

وذكر شمس الأئمة رحمه الله في «المبسوط» وقال: وقد بينا أن الجزية ليست بدين، ولا بدلٍ عن السكنى، ولا بدلٍ عن حقن الدم، ولئن سلمنا له ذلك، فإنما هي بدل عن الحقن في المستقبل لا فيما مضى، وقد استفاد الحقن بالإسلام، فلا معنى لأخذ الجزية بعد ذلك.

قوله: وَإِنِ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الحَوْلَانِ تَدَاخَلَتْ، ولفظ «الشرح للأقطع»: وإن اجتمع حولان تداخلت الجزية، فعلى هذا يجوز أن يكون تأنيث فعل الحولين على حذف المضاف، أي: إذا اجتمعت جزية الحولين تداخلت، وقيل: أنث الحول على تأويل السنة، كقوله: ما هذه الصوت؟ على تأويل الصيحة.

قوله: وَقِيلَ لَا تَدَاخُلَ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، والفرق بينهما على هذه الرواية، فإن خراج الأرض وجب مؤنة الأرض قائماً مقام العشر، والعشر يتضاعف، فكذلك هذا؛ ولأنه لا عقوبة في الخراج بقاءً فاعتبر بمؤنة لا عقوبة فيها من نفقة المرأة المفروضة، وصدقة الفطر، إلى هذا أشار في «الأسرار».

التَّلبيبُ: بالفتح: ما على موضع اللبب من ثيابه، واللَّبب موضع القلادة من الصدر، كذا في «المغرب».

أَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلَى الإِصْرَارِ عَلَى الكُفْرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا لا يُقْبَلُ مِنْهُ لَوْ بَعَثَ عَلَى يَدِ نَائِبِهِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ، بَلْ يُكَلَّفُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ بِنَفْسِهِ فَيُعْطِيَ قَائِمًا، وَالقَابِضُ مِنْهُ قَاعِدٌ، وَفِي رِوَايَةٍ: يَأْخُذُ بِتَلْبِيبِهِ وَيَهُزُّهُ هَزًّا وَيَقُولُ: أَعْطِ الجِزْيَةَ يَا ذِمِّيُّ فَثَبَتَ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ إِذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالحُدُودِ؛ وَلِأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلًا عَنِ القَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرْنَا، لَكِنْ فِي المُسْتَقْبَلِ لا فِي المَاضِي؛ لِأَنَّ القَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِحِرَابٍ قَائِمٍ فِي الحَالِ لا لِحِرَابٍ مَاضٍ، وَكَذَا النُّصْرَةُ فِي المُسْتَقْبَلِ؛ لِأَنَّ المَاضِيَ وَقَعَتِ الغُنْيَةُ عَنْهُ، ثُمَّ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الجِزْيَةِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى، حَمَلَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ عَلَى المُضِيِّ مَجَازًا، وَقَالَ: الوُجُوبُ بِآخِرِ السَّنَةِ، فَلا بُدَّ مِنَ المُضِيِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاجْتِمَاعُ فَتَتَدَاخَلَ، وَعِنْدَ البَعْضِ هُوَ مُجْرًى عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَالوُجُوبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِأَوَّلِ الحَوْلِ فَيَتَحَقَّقُ الِاجْتِمَاعُ بِمُجَرَّدِ المَجِيءِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الوُجُوبَ عِنْدَنَا فِي ابْتِدَاءِ الحَوْلِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي آخِرِهِ اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ.

قوله: فَتَتَدَاخَلَ، أي: الجزية.

قوله: مُجْرًى عَلَى حَقِيقَتِهِ، أي: على حقيقة المجيء وهي الدخول.

قوله: وَالأَصَحُّ أَنَّ الوُجُوبَ عِنْدَنَا فِي ابْتِدَاءِ الحَوْلِ؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، فأمر بإسقاط القتل عنهم بإعطاء الجزية، فدلَّ أنها تجب بإسقاط القتل، وذلك موجود في أول الحول؛ ولأنه مال يجب بإسقاط القتل، فكان وجوبه حال سقوط القتل كالصلح عن دم العمد، فإن قاسوا على خراج أرضين قلنا: خراج الأرضين في مقابلة الانتفاع بها، فما لم تسلم المنفعة لا يجب، كذا في «شرح الأقطع».

وَلَنَا أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلًا عَنْهُ لا يَتَحَقَّقُ إلَّا فِي المُسْتَقْبَلِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فَتَعَذَّرَ إيجَابُهُ بَعْدَ مُضِيِّ الحَوْلِ فَأَوْجَبْنَاهُ فِي أَوَّلِهِ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلًا عَنْهُ لا يَتَحَقَّقُ إلَّا فِي المُسْتَقْبَل؛ وذلك لأن المبدل هو القتل في حقهم، والنصرة في حقنا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي؛ لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال، لا لحراب ماض، وكذا النصرة إنما تتحقق في المستقبل لا في الماضي؛ لأن الماضي وقعت عنه الغنيمة، وهو المراد من قوله: عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

ولمَّا كان كذلك وجب أن يكون الحكم في بدله، وهو الجزية، كذلك أيضًا، وهو أن لا تجب لنصرة ماضيه، وهي النصرة في السنة الماضية، فلمَّا وجبت لنصرة مستقبله ينبغي أن يجب في أول الحول؛ لأنه أول إمكان الوجوب بعد تحقق السبب، وهو وجوب النصرة عليهم بالمال؛ لما أنَّهم لا يصلحون للنصرة بأنفسهم؛ لأن أبدانهم لا تصلح لذلك لميلهم إلى الكفار المحاربين ظاهرًا؛ لاتحاد اعتقادهم مع اعتقادهم على ما مرَّ.

وأمَّا الجواب عن اعتباره بالزكاة فقلنا: إنما وجبت الزكاة في آخر الحول؛ لأن الزكاة إنما تجب في المال النامي، وحولان الحول هو الممكِّن من الاستنماء؛ لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مرَّ، فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَلا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ وَلا كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الإِسْلَامِ)؛ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ - «لا خِصَاءَ فِي الإِسْلَامِ وَلا كَنِيسَةَ»،

فصلٌ

لمَّا ذكر أحكام ما يجب من الجزي على أهل الردي، ذكر في هذا الفصل معاملتهم في دار الهدي.

الخِصاء: بالكسر والمد: على فعال، مصدر خصاه يخصيه، أي: نزع خصيتيه، والإخصاء في معناه خطأ، ذكره في «المغرب».

يُقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم، وكذلك البيعة مطلقاً في الأصل، وإن غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود، والبيعة لمتعبد النصارى.

ثم المناسبة في الجمع بين الخصاء والكنيسة في الحديث هي معنى الضعف فيهما، فإن في الخصاء نوع ضعف ليس في الفحل، وكذلك بناء الكنيسة في دار الإسلام يورث الضعف في الإسلام؛ أو في الخصاء تغيير عمَّا هو عليه أصل الخلقة، فكذلك في إحداث الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الإسلام.

وذكر في «الإيضاح» معنى الحديث فقال: وأمَّا الخصاء فمعناه: لا يخصى الرجل، وقيل ذلك في تأويل قوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩]، إنَّما المراد الخصاء، وقيل: المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصي.

وَالمُرَادُ إِحْدَاثُهَا. وَإِنِ انْهَدَمَتِ البِيَعُ وَالكَنَائِسُ القَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لِأَنَّ الأَبْنِيَةَ لا تَبْقَى دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُمُ الإِمَامُ فَقَدْ عَهِدَ إِلَيْهِمُ الإِعَادَةَ إِلَّا أَنَّهُمْ لا يُمَكَّنُونَ مِنْ نَقْلِهَا؛ لِأَنَّهُ إِحْدَاثٌ فِي الحَقِيقَةِ، وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ البِيعَةِ، بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ فِي البَيْتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلسُّكْنَى، وَهَذَا فِي الأَمْصَارِ دُونَ القُرَى؛ لِأَنَّ الأَمْصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا، وَقِيلَ فِي دِيَارِنَا يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي القُرَى أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِيهَا بَعْضَ الشَّعَائِرِ، وَالمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ المَذْهَبِ فِي قُرَى الكُوفَةِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ، وَفِي أَرْضِ العَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ

قوله: وَالمُرَادُ إِحْدَاثُهَا، يعني: لا يحدث في دار الإسلام كنيسة لم تكن.

قوله: وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ البِيعَةِ، أي: لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضًا.

وفي «الصحاح»: يقال: أتانا بثريدة مصمعة، إذا دقّقت وحدّد رأسها، وصومعة النصارى: فوعلة من هذا؛ لأنّها دقيقة الرأس.

قوله: بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ - أي: صلاة الذمي - فِي البَيْتِ، أي: يمكنون من اتخاذه.

قوله: وَالمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ المَذْهَبِ، أي: عن أبي حنيفة رضي الله عنه، ويحتمل أنه إنما ذكره بهذا اللفظ هاهنا دون غيره؛ لأنه ذكر: قُرَى الكُوفَةِ، وكون: أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ، عقيبه، فتبيّن بهذا أنه ليس هو كسائر أهل الكوفة، بل هو وإن كان كوفيًّا فهو صاحب المذهب المقدَّم فيه، إظهارًا لعلوّ مرتبته، وإجلالًا لعظم منقبته رضي الله عنه وعن متبعيه.

ثم المراد من المرويّ **قوله:** وَهَذَا فِي الأَمْصَارِ دُونَ القُرَى.

جزَرَ الماءُ: إذا انفرجَ عن الأرض، أي: إذا انكشف حتى غار ونقص، ومنة الجزيرة، ويقال: جزيرة العرب لأرضها ومحلتها؛ لأن بحر فارس، وبحر الحبش، ودجلة، والفرات

فِي أَمْصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ العَرَبِ».

قَالَ: (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَنِ المُسْلِمِينَ فِي زِيِّهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وَقَلَانِسِهِمْ فَلَا يَرْكَبُونَ الخَيْلَ وَلا يَعْمَلُونَ بِالسِّلاحِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الكُسْتِيجَاتِ وَالرُّكُوبِ عَلَى السُّرُوجِ الَّتِي هِيَ كَهَيْئَةِ الأَكُفِّ) وَإِنَّمَا يُؤْخَذُونَ بِذَلِكَ إِظْهَارًا لِلصَّغَارِ عَلَيْهِمْ وَصِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ؛ وَلِأَنَّ المُسْلِمَ يُكْرَمُ، وَالذِّمِّيُّ يُهَانُ، وَلا يُبْتَدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُضَيَّقُ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ فَلَعَلَّهُ يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ المُسْلِمِينَ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ؛

قد أحاطت بها.

الكُسْتِيج: عن أبي يوسف: خيط غليظ بقدر الإصبع، يشده الذمي فوق ثيابه، دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الإبريسم، ومنه: «أمر عُمر رضي الله عنه أهل الذمة بإظهار الكُسْتيجات»، هذان من «المغرب».

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الكُسْتِيجَاتِ، وإنما ذكر لفظ «الجامع الصغير» ليعلم أنَّ ما ذكره في «الجامع الصغير» تفسير لما ذكره من رواية القدوري بقوله: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَنِ المُسْلِمِينَ، أي: كيفية ذلك التميّز كما ذكره في «الجامع الصغير».

قوله: فَلَوْ لَمْ تَكُنْ عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ فَلَعَلَّهُ - الذمي - يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ المُسْلِمِينَ، ورُبَّما يموت منهم أحد فجأة في الطريق، فإذا لم يكن معه علامة يظنُّونه مسلماً، فيصنعون به ما يصنعون بموتى المسلمين، والتحرز عن ذلك واجب في حق الكفار.

فإن قيل: أليس أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم لم يأخذ بذلك يهود المدينة، ولا نصارى

وَالعَلَامَةُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا غَلِيظًا مِنَ الصُّوفِ يَشُدُّهُ عَلَى وَسَطِهِ دُونَ الزُّنَّارِ مِنَ الإِبْرَيْسَمِ فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ، وَيَجِب أَنْ يَتَمَيَّزَ نِسَاؤُهُمْ عَنْ نِسَائِنَا فِي الطُّرُقَاتِ وَالحَمَّامَاتِ، وَيُجْعَلُ عَلَى دُوَرِهِمْ عَلَامَاتٌ كَيْ لا يَقِفَ عَلَيْهَا سَائِلٌ

نجران، ولا مجوس هجر؟

قلنا: لأنَّهم في زمن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم كانوا معروفين بالمدينة، لا يشتبه حالهم، فكان لا تقع الحاجة إلى ذلك، ثمَّ في زمن عُمر رضي الله عنه لمَّا كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف، وقعت الحاجة إلى ذلك، فكان ذلك صوابًا فيه، وقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أينما دار عمر فالحقُّ معه»، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَصِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ[1]، المراد من الضعفة هو الضعفة في الدين، لا الضعف في البدن، أي: إنَّما أخذ أهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة، بأن لا يركبوا الخيلَ، ولا يحمل السلاح، وبالركوب على الأكف دون سروج الخيل، وترك الابتداء بالسلام، وتضييق الطرق عليهم، لكي يروا في أعين الذين لم يتصلبوا في دين الإسلام على وجه الصغار والذلَّة، حتى لا يقولوا أن الكفار يتقلبون في النعمة والدعة، والمؤمنين في المحنة والضعة، وأن لا يميلوا إلى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم، وإليه أشار الله تعالى في قوله: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ﴾ [الزخرف: ٣٣] الآية.

قوله: وَالعَلَامَةُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا، إلى آخره، وذكر الإمام التمرتاشي: فيكتفى في كل بلدٍ من العلامة بما تعارفه أهله؛ لأن المقصود يحصل بهذا، وبهذا يعلم أن الاقتصار على هذه العلامة المخصوصة ليس بلازم.

الجفاء: هو الغلظ في العشرة، والخرق في المعاملة، وترك الرفق، ومنه **قوله**: فَإِنَّهُ

---

(١) مرَّ هذا النص في المتن في الصفحة السابقة.

يَدْعُوَ لَهُمْ بِالمَغْفِرَةِ، قَالُوا: الأَحَقُّ أَنْ لَا يُتْرَكُوا أَنْ يَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ، وَإِذَا رَكِبُوا لِلضَّرُورَةِ فَلْيَنْزِلُوا فِي مَجَامِعِ المُسْلِمِينَ، فَإِنْ لَزِمَتِ الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَيُمْنَعُونَ مِنْ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ العِلْمِ وَالزُّهْدِ وَالشَّرَفِ.

(وَمَنِ امْتَنَعَ مِنَ الجِزْيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يُنْتَقَضْ عَهْدُهُ) لِأَنَّ الغَايَةَ الَّتِي يَنْتَهِي بِهَا القِتَالُ التِزَامُ الجِزْيَةِ لا أَدَاؤُهَا وَالإِلتِزَامُ بَاقٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: سَبُّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَكُونُ نَقْضًا؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيمَانَهُ فَكَذَا يَنْقُضُ أَمَانَهُ إِذْ عَقْدُ الذِّمَّةِ خَلَفٌ عَنْهُ، وَلَنَا أَنَّ سَبَّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كُفْرٌ مِنْهُ، وَالكُفْرُ المُقَارِنُ لا يَمْنَعُهُ فَالطَّارِئُ لا يَرْفَعُهُ.

قَالَ: (وَلا يُنْقَضُ العَهْدُ إِلَّا أَنْ يَلْحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَنَا)؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا حَرْبًا عَلَيْنَا فَيَعْرَى عَقْدُ الذِّمَّةِ عَنِ الفَائِدَةِ وَهُوَ دَفْعُ شَرِّ الحِرَابِ.

جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ، أي: ترك حسن العشرة بأهل الإسلام؛ لأن في الأمر لأهل الذمة بتميزهم بما يوجب إعزازهم من اتخاذ الزنار من الإبريسم إهانة لأهل الإسلام؛ لأن من أعزَّ عدوّ صديقه فقد أهان صديقه معنىً.

قوله: الأَحَقُّ أَنْ لَا يُتْرَكُوا لِيَرْكَبُوا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ، كالخروج إلى الرستاق، وذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه.

قوله: بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وهي **قوله:** كَهَيْئَةِ الأُكُفِّ، ولا يركبون على السرج؛ لأن ذلك للغزاة، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج؛ لأنّهن ليس من أهل الجهاد، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيمَانَهُ، يعني: على تقدير أنه لو كان مسلماً، كان سب النبي صلَّى الله عليه وسلَّم ينقض إيمانه، فكذا هو ينقض أمانه وذمته.

(وَإِذَا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهْدَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المُرْتَدِّ) مَعْنَاهُ فِي الحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِاللَّحَاقِ؛ لِأَنَّهُ التَحَقَ بِالأَمْوَاتِ، وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ أُسِرَ يُسْتَرَقُّ بِخِلَافِ المُرْتَدِّ.

قوله: وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَالِهِ، يعني: أن الذمي إذا نقض العهدَ ولحق بدار الحرب وفي يده مال، ثمَّ ظهر على دار الحرب يكون فيئاً، كالمرتدِّ إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار وماله في يده.

وذكر في «الإيضاح»: ولو لحق المرتد بشيء من ماله معه بدار الحرب، ثم أسر المرتد فماله الذي معه فيءٌ؛ لأنه إذا لحق بدار الحرب مع نفسه امتنع ظهور ملك الورثة فيه، وأمَّا لو عاد إلى دار الإسلام بعد لحاقه فأخذ طائفة من ماله وأدخله دار الحرب، ثم ظهر عليه المسلمون، فالورثة أحقُّ به قبل القسمة مجانًا، وبعد القسمة بالقيمة؛ لأن الملك ثبت للورثة حين لحق المرتد بدار الحرب، والمال في دار الإسلام، ثمَّ لمَّا وقع الاستيلاء على ذلك المال كان واقعًا على ملك الوارث فصار كمالٍ آخر، فإن عاد قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان: في رواية يكون فيئاً، وفي رواية لا يكون فيئاً، بخلاف المرتد فإنه لا يسترق بل يقتل إن أصرَّ على ارتداده، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَنَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنَ الزَّكَاةِ)؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - صَالَحَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِّنَ الصَّحَابَةِ (وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ) لِأَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ عَلَى الصَّدَقَةِ الْمُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَجِبُ عَلَيْهِنَّ دُونَ الصِّبْيَانِ فَكَذَا الْمُضَاعَفُ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ جِزْيَةٌ فِي الحَقِيقَةِ عَلَى مَا قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هَذِهِ جِزْيَةٌ فَسَمُّوهَا مَا شِئْتُمْ، وَلِهَذَا تُصْرَفُ مَصَارِفَ الجِزْيَةِ وَلا جِزْيَةَ عَلَى النِّسْوَانِ، وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصُّلْحُ، وَالمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وُجُوبِ مِثْلِهِ عَلَيْهَا وَالمَصْرِفُ مَصَالِحُ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيْتِ المَالِ وَذَلِكَ لا يَخْتَصُّ بِالجِزْيَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا.

فصلٌ

ذكر نصارى بني تغلب بفصلٍ على حدة؛ لأن لهم أحكاماً مخصوصة لهم تخالف أحكامَ سائر النصارى.

قوله: وَالمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ وُجُوبِ مِثْلِهِ، أي: وجوب مثل مالٍ وجب بالصلح.

قوله: أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا، أي: لا يراعى في المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية من وصف الصغار، كعدم القبول من يد النائب، والإعطاء قائماً، والقابض قاعدًا،

(وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ الخَرَاجُ) أَيِ الجِزْيَةُ (وَخَرَاجُ الأَرْضِ بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يُضَاعَفُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ»؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَوْلَى الهَاشِمِيِّ يَلْحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ، وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَخْفِيفٌ وَالمَوْلَى لا يَلْحَقُ بِالأَصْلِ فِيهِ، وَلِهَذَا تُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلَى مَوْلَى المُسْلِمِ إِذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا، بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ لِأَنَّ الحُرُمَاتِ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَأُلحِقَ المَوْلَى بِالهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلا يَلْزَمُ مَوْلَى الغَنِيِّ حَيْثُ لا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ، لِأَنَّ الغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا، وَإِنَّمَا الغَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ المَوْلَى، أَمَّا الهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لِهَذِهِ

وأخذ التلبّب والهزّ.

قوله: وَيُوضَعُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ، أي: على معتق التغلبي.

قوله: بِمَنْزِلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ، أي: لا يؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي، ويؤخذ من معتقه، فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي، وإن لم تؤخذ من التغلبي.

قوله: وَلَنَا أَنَّ هَذَا تَخْفِيفٌ، أي: أخذ مضاعف الزكاة تخفيف لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار، بخلاف الجزية فيه، أي: في التخفيف.

قوله: لِأَنَّ الغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا، أي: من أهل الصدقة وإن كان فيه أوساخ الناس، ألا ترى أن الغني إذا كان عاملًا في الزكاة يجوز له أخذ الزكاة، وأمَّا الهاشمي فليس له أخذها وإن كان عاملًا فيها.

وأمَّا قول النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «فإن مولى القوم منهم»، قلنا: قد تعذر إجراء هذا الحديث على عمومه، لانعقاد الإجماع على أن مولى الهاشمي لا ينزل منزلة الهاشمي في الكفأة، وكذلك مولى القرشي على ما ذكرناه، وإذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تأويله على معنى التناصر والتعاون؛ لأنه من لوازمه، فإن الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم، وأمَّا حرمان مولى الهاشمي عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام، وقد ذكرنا أن الحديث

الصَّلَةِ أَصْلًا لِأَنَّهُ صِينَ لِشَرَفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ فَأُلحِقَ بِهِ مَوْلَاهُ.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ مِنَ الخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ بَنِي تَغْلِبَ، وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الحَرْبِ إِلَى الإِمَامِ، وَالجِزْيَةُ يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ المُسْلِمِينَ كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ القَنَاطِرِ وَالجُسُورِ، وَيُعْطَى قُضَاةُ المُسْلِمِينَ وَعُمَّالُهُمْ وَعُلَمَاؤُهُمْ مِنْهُ مَا يَكْفِيهِمْ، وَيُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ المُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيِّهِمْ)؛ لِأَنَّهُ مَالُ بَيْتِ المَالِ فَإِنَّهُ وَصَلَ إِلَى المُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ المُسْلِمِينَ وَهَؤُلَاءِ عَمَلَتُهُمْ وَنَفَقَةُ الذَّرَارِيِّ عَلَى الآبَاءِ، فَلَوْ لَمْ يُعْطَوْا كِفَايَتَهُمْ لَاحْتَاجُوا إِلَى الِاكْتِسَابِ فَلَا يَتَفَرَّغُونَ لِلْقِتَالِ.

(وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطَاءِ) لِأَنَّهُ نَوْعُ صِلَةٍ وَلَيْسَ بِدَيْنٍ؛

مؤول بمعنى التناصر، ففي التناصر استعظام، فلذلك ألحق مولى الهاشمي بالهاشمي في ذلك المعنى، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: القياس في الكل سواء، وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم، إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على مولى بني هاشم، وهو ما رُوي: «أن أبا رافع سأل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: أيحل له أخذ الصدقة؟ فقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: لا، أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم»، والمخصوص من القياس بالنصِّ لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه، وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص؛ لأن ذلك كان لإظهار فضيلة قرابة رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في إلحاق مولاهم بهم، ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء.

قوله: وَمَنْ مَاتَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطَاءِ، والعطاء: ما يكتب للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمرٍ من أمور الدين، كالقاضي والمفتي والمدرس، وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مزيَّة في الإسلام، كأزواج النبي صلَّى الله عليه وسلَّم، وأولاد المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم، وكذا لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء،

وَلِهَذَا سُمِّيَ عَطَاءً فَلَا يُمْلَكُ قَبْلَ القَبْضِ وَيَسْقُطُ بِالمَوْتِ، وَأَهْلُ العَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثْلُ القَاضِي وَالمُدَرِّسِ وَالمُفْتِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

لما قلنا أنه صلة، فلا يملك قبل القبض، كالمرأة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج تسقط، كذا هاهنا.

وإنَّما وضع المسألة في نصف السنة؛ لأنه لو ماتَ في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه؛ لأنه قد أوفى غناءَه، فيستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الوفاء، ثم قيل: رزق القاضي يعطى في آخر السنة، ولو أخذ في أولها ثم عزل قبل مضيها قيل: يجب رد ما بقي من السنة، وقيل: على قياس نفقة الزوجة إذا عجل لها ثم ماتَ أحدهما قبل مضي المدة لم ترجع عليها ولا في تركتها.

وقال محمد رحمه الله: أحبُّ رد الباقي؛ لأنَّها أخذت لمقصود ولم يحصل ذلك، كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل التزوج.

ولهما أنها صلة من وجه فينقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام التمرتاشي رحمهما الله تعالى، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ أَحْكَامِ المُرْتَدِّينَ

قَالَ: (وَإِذَا ارْتَدَّ المُسْلِمُ عَنِ الإِسْلَامِ وَالعِيَاذُ بِاللهِ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُشِفَتْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَسَاهُ اعْتَرَتْهُ شُبْهَةٌ فَتُزَاحُ، وَفِيهِ دَفْعُ شَرِّهِ بِأَحْسَنِ الأَمْرَيْنِ، إِلَّا أَنَّ العَرْضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ بَلَغَتْهُ.

قَالَ: (وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: المُرْتَدُّ يُعْرَضُ عَلَيْهِ الإِسْلَامُ فَإِنْ أَبَى قُتِلَ) وَتَأْوِيلُ الأَوَّلِ أَنَّهُ يَسْتَمْهِلُ فَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛

باب أحكام المرتدين

لمَّا ذكر أحكام أهل الكفر الأصلي ذكر في هذا الباب أحكام أهل الكفر الطارئ؛ لما أنَّ الطارئ بعد الأصلي وجودًا، فكذلك ذكرًا.

قوله: إِلَّا أَنَّ العَرْضَ عَلَى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ، هذا هو ظاهر المذهب.

وذكر في «الإيضاح»: ويستحب عرض الإسلام على المرتدين، هكذا روي عن عمر رضي الله عنه؛ لأن رجاء العود إلى الإسلام ثابت، لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهةٍ.

قوله: وَتَأْوِيلُ الأَوَّلِ - وهو قوله: وَيُحْبَسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ - أَنَّهُ يَسْتَمْهِلُ فَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وأمَّا إذا لم يطلب فالظاهر أنه متعنِّت في ذلك، فلا بأس بقتله، إلا أنه يستحب أن يستتاب؛ لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة، وإن ارتد ثانيًا وثالثًا فكذلك يفعل به في كل مرَّة، فإذا أسلم يخلى سبيله لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْۚ﴾ [التوبة: ٥]، وكان علي وابن عمر رضي الله عنهم يقولان: إذا ارتد رابعًا لا تقبل توبته بعد ذلك، ولكن

لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يُؤَجِّلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ارْتِدَادَ المُسْلِمِ يَكُونُ عَنْ شُبْهَةٍ ظَاهِرًا فَلَا بُدَّ مِنْ مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَّرْنَاهَا بِالثَّلَاثَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْتُلُوا المُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] مِنْ غَيْرِ قَيْدِ الإِمْهَالِ، وَكَذَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَلِأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ فَيُقْتَلُ

يقتل على كل حال؛ لأنه ظهر أنه مستخفٌّ مستهزئٌ وليس بتائبٍ، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزْدَادُواْ كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٣٧].

ولكنا نقول: الآية في حق من ازداد كفرًا، لا في حق من آمن وأظهر التوبة، وإذا أسلم يجب قبوله وإن كان في الرابعة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ [النساء: ٩٤].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لو فعل ذلك مرارًا يقتل غيلةً، وهو أن ينتظر فإذا أظهر كلمة الشرك قتل قبل أن يستتاب؛ لأنه ظهر منه الاستخفاف، وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز، كذا في «المبسوط».

قوله: فَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ، فإن قيل: هذا نصب الحكم بالرأي في الموضع الذي لا مدخل فيه للرأي؛ لأنه من المقادير وفيها لا يجري الرأي.

قلنا: هذا من قبيل إثبات الحكم بدلالة النص؛ لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورود فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه، وذلك لأن التقدير هناك بثلاثة أيام للتأمل، والتقدير بها هاهنا أيضـًا للتأمل.

قوله: وَلِأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ؛ لأنه كافر، وليس بذمي ولا مستأمن؛ لأنه لا يقبل منه قبول

لِلْحَالِ مِنْ غَيْرِ اسْتِمْهَالٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الوَاجِبِ لِأَمْرٍ مَوْهُومٍ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ لِإِطْلَاقِ الدَّلَائِلِ، وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا سِوَى الإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ لا دِينَ لَهُ، وَلَوْ تَبَرَّأَ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ كَفَاهُ لِحُصُولِ المَقْصُودِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الإِسْلَامِ عَلَيْهِ كُرِهَ، وَلا شَيْءَ عَلَى القَاتِلِ) وَمَعْنَى الكَرَاهِيَةِ هَاهُنَا تَرْكُ المُسْتَحَبِّ وَانْتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الكُفْرَ مُبِيحٌ لِلْقَتْلِ، وَالعَرْضُ بَعْدَ بُلُوغِ الدَّعْوَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ.

(وَأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلا تُقْتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ رِدَّةَ الرَّجُلِ مُبِيحَةٌ لِلْقَتْلِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ فَتُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ المَرْأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا، وَلَنَا «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى

الجزية، وهو لم يطلب الأمان فكان حربيًّا، فيقتل لإطلاق الدليل وهو قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من بدَّل دينه فاقتلوه».

قوله: وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الأَدْيَانِ كُلِّهَا، ولكن بعد الإتيان بكلمة الشهادتين، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلا تُقْتَلُ، أمَّا لو قتلها قاتل فلم يضمن شيئًا، سواء كانت حرَّة أو أمَة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من بدَّل دينه فاقتلوه»، وهذه الكليَّة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وتبيَّن أن الموجب للقتل تبديل الدين؛ لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان العلة.

قوله: وَرِدَّةُ المَرْأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا، أي: ردَّة المرأة تشارك ردة الرجال في أنَّها جناية

عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ»، وَلِأَنَّ الأَصْلَ تَأْخِيرُ الأَجْزِيَةِ إِلَى دَارِ الآخِرَةِ إِذْ تَعْجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الِابْتِلَاءِ، وَإِنَّمَا عُدِلَ عَنْهُ دَفْعًا لِشَرٍّ نَاجِزٍ وَهُوَ الحِرَابُ، وَلَا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ مِنَ النِّسَاءِ؛ لِعَدَمِ صَلَاحِيَّةِ البِنْيَةِ، بِخِلَافِ الرِّجَالِ فَصَارَتِ المُرْتَدَّةُ كَالأَصْلِيَّةِ.

قَالَ: (وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسْلِمَ)؛ لِأَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنْ إِيفَاءِ حَقِّ اللهِ تَعَالَى بَعْدَ الإِقْرَارِ فَتُجْبَرُ عَلَى إِيفَائِهِ بِالحَبْسِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَتُجْبَرُ المَرْأَةُ

مغلظة، فيجب أن تشارك ردة الرجل في موجب ردة الرجل وهو القتل.

قوله: وَلِأَنَّ الأَصْلَ تَأْخِيرُ الأَجْزِيَةِ إِلَى دَارِ الآخِرَةِ، كشف هذا الكلام هو أن قتل المرتد لا باعتبار الجزاء على الردة؛ لأنه يجازي عليها في الآخرة أيضًا بعد القتل على الردة، بل هو مستحق باعتبار الإصرار على الكفر، ألا ترى أنه لو أسلم سقط لانعدام الإصرار، وما كان استحقاقه بطريق الجزاء لا يسقط بالتوبة كالحدود، فإنه بعد ما ظهر سببها عند الإمام لا تسقط بالتوبة، وقد أجبنا عن توبة قطاع الطريق في موضعه، وإذا ثبتَ هذا فنقول: إن الكفر من أعظم الجنايات، وهو جناية بين العبد وبين ربه، والجزاء عليه مؤخَّر إلى دار الآخرة، وما عجل في الدنيا سياسة مشروعة لمصلحة تعود إلى العباد، كالقصاص والحدود، ثم المرتد بالإصرار على الكفر يكون محاربًا للمسلمين، فيقتل لدفع المحاربة، وإذا كان كذلك فلا تقتل المرأة؛ لأن بنيتها ليست بصالحة للمحاربة، فلا تقتل في الكفر الأصلي، ولا في الطارئ.

وأمَّا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من بدَّل دينه فاقتلوه»، فليس بمجرى على ظاهره؛ لأن التبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص، فيخصه ويحمل على الرجال بدليل ما ذكرنا، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: أن المرتدة تسترق عندنا إذا لحقت بدار الحرب، وزالت عصمة دارنا كالمشركة العربيَّة، وإنما يتغلظ حكم قبول الإسلام بالالتزام فتجبر عليه وإن استرقت، بخلاف الحربية فإنها لا تجبر على الإسلام بعد الاسترقاق، وقال الشافعي رحمه الله: لا تملك بالاسترقاق وإن لحقت بدار الحرب كالرجل، ألا ترى أنَّها لا تسبي مادامت في دار الإسلام،

عَلَى الإِسْلَامِ حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً، وَالأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَوْلاهَا) أَمَّا الجَبْرُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، وَمِنَ المَوْلَى؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقَّيْنِ، وَيُرْوَى تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ مُبَالَغَةً فِي الحَمْلِ عَلَى الإِسْلَامِ.

قَالَ: (وَيَزُولُ مِلْكُ المُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعًى، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلَى حَالِهَا، قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا لا يَزُولُ مِلْكُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، فَإِلَى أَنْ يُقْتَلَ يَبْقَى مِلْكُهُ كَالمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالقِصَاصِ، وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا حَتَّى يُقْتَلَ، وَلا قَتْلَ إِلَّا بِالحِرَابِ، وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إِلَى الإِسْلَامِ بِالإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَيُرْجَى عَوْدُهُ إِلَيْهِ،

إلا أنا نقول: إنَّها حربيَّة دينًا ودارًا فتسبي كالكافرة الأصليَّة، بخلاف ما إذا دامت في دارنا؛ لأن حكم دارنا قائم فيها، ألا ترى أن الملك لا يزول عنها بسبب عصمة الدار بالإجماع.

قوله: وَالأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَوْلاهَا، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا ارتدَّت الأمة واحتاج المولى إلى خدمتها دفعت إليه، وأمره القاضي أن يجبرها على الإسلام، وأرسل إليها القاضي كل يوم يهددها ويضربها أسواطًا، يصنع بها حتى تموت أو تسلم؛ لأن المنافع للمولى لم يسقط حقه بكفرها، وقد أمكن الجمع بين توفير حق المولى والإجبار على الإسلام، فيفعل، كذا في «الإيضاح».

قوله: بَيْنَ الحَقَّيْنِ، أي: الجبر والاستخدام.

قوله: وَيُرْوَى تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ، يعني: (در هر چند گاهى)، كذا كان بخطِّ شيخي رحمه الله تعالى.

قوله: وَيَزُولُ مِلْكُ المُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالًا مُرَاعًى، أي: محفوظًا وموقوفًا زواله إلى أن يتبيَّن حاله؛ لأن ردته توجب زوال ملكه على قول أبي حنيفة رحمه الله، ثم لو أسلم فالمال ماله على ما كان.

فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ،

قوله: وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ، فعمل السبب المزيل لملكه وقت الموت والقتل مستندًا إلى أوّل السبب، وهو الردة كما في البيع بشرط الخيار، فإنه إذا أجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعـًا، فعلى هذا الطريق يكون التوريث فيه توريث المسلم من المسلم.

فإن قيل: زوال ملكه إمَّا أن يكون قبل الردة، أو معها، أو بعدها، والحكم لا يسبق السبب، ولا يقترن به، بل يعقبه، و بعد الردة هو كافرٌ.

قلنا: نعم المزيل للملك ردَّته كما أن المزيل للملك موت المسلم، ثم الموت يزيل الملك عن الحيّ، لا عن الميت، فكذلك الردَّة تزيل الملك عن المسلم، وكما أن الردَّة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه، وإنَّما تزيل العصمة عن معصوم، لا عن غير معصوم، فعرفنا أنه يتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم، فلهذا لا يرثه ويرثه الكفار؛ لأن التوريث من المسلم والكافر لا يرث المسلم، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ، وكونه مكلفًا يقتضي عدم زوال ملكه؛ لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك، وكونه مكلفًا يشعر بكمال الأهلية، وكمال الأهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تقرّره، فصار هذا كالمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هناك.

قوله: وَمَالِكِيَّتِهِ، بالجر للعطف على ملكه.

قوله: فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ، أي: انتظرنا، يعني: لو نظرنا إلى أنه حربي بدليل جواز قتله؛ لما أن نفس الكفر لا يجوّز القتل، بل الكفر المفضي إلى الحراب يجوّز القتل، ألا ترى أن الكافر الذي لا يقدر على الحراب في بِنْيَتِه كالأعمى، والمقعَد، والشيخ الهرم، والمرأة من الكفار لا يجوز قتلهم لعدم إفضاء كفرهم إلى الحراب، وهاهنا جاز قتل المرتد علم أنه لارتداده صار حربيًّا، والحربي المقهور في أيدينا مملوك لنا، وليس بمالك شيئـًا، ينبغي أن يزول ملكه قطعـًا من غير توقف، ولو نظرنا إلى أنه يجبر على الإسلام فينبغي أن لا يزول ملكه؛ لأنه مرجوّ العود إلى الإسلام، فتوقفنا في الزوال عملًا بالدليلين.

فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ العَارِضُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَيَعْمَلُ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ انْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي إِسْلَامِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ المُسْلِمِينَ، وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْئًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: كِلَاهُمَا لِوَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كِلَاهُمَا فَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالمُسْلِمُ لَا يَرِثُ الكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ فَيَكُونُ فَيْئًا.

وَلَهُمَا أَنَّ مِلْكَهُ فِي الكَسْبَيْنِ بَعْدَ الرِّدَّةِ بَاقٍ،

قوله: جُعِلَ العَارِضُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ، أي: جعل الارتداد كأن لم يوجد في حق بقاء ماله على ملكه، فكان ماله ملكه كما كان.

وإنما قيَّد **بقوله:** فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ؛ لأن في إحباط عمله من الطاعات كلها، وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته، وفي فرضيته تجديد الإيمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن، بل عمل عمله في حق هذه الأحكام.

قوله: فَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ، ولم يعمل بالسبب، أي: لم يعمل السبب المزيل لملكه، وهو كونه حربيًّا مقهورًا في أيدينا، ونحن أيضًا لم نعمل بذلك السبب فلم نقل بزوال الملك.

قوله: ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ فَيَكُونُ فَيْئًا، فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع.

قلنا: المسلمون يستحقون ذلك بالإسلام، وورثته ساووا المسلمين في الإسلام، وترجحوا عليهم بالقرابة؛ لأن ذا السببين مقدم على ذي سببٍ واحدٍ، فكان الصرف إليهم أوْلَى، كذا في «المبسوط».

عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَيَنْتَقِلُ بِمَوْتِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ وَيَسْتَنِدُ إِلَى مَا قُبَيْلَ رِدَّتِهِ إِذِ الرِّدَّةُ سَبَبُ الْمَوْتِ فَيَكُونُ تَوْرِيثَ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُمْكِنُ الِاسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ لِوُجُودِهِ قَبْلَ الرِّدَّةِ، وَلَا يُمْكِنُ الِاسْتِنَادُ فِي كَسْبِ الرِّدَّةِ لِعَدَمِهِ قَبْلَهَا وَمِنْ شَرْطِهِ وُجُودُهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ حَالَةَ الرِّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَقْتِ مَوْتِهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ اعْتِبَارًا لِلِاسْتِنَادِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو **قوله:** لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ، إلى آخره؛ لأن ما ذكرناه من المعانِي يجمع الكسبين، وليس في الردَّة أكثر من أنه صار مشرفًا على الهلاك، فيكون كالمريض، والمكتسب في مرض الموت كالمكتسب في الصحة في حكم الإرث.

قوله: وَيَسْتَنِدُ إِلَى مَا قُبَيْلَ رِدَّتِهِ، أي: يستند التوريث، وبه صرَّح في «المبسوط»، فيجعل كأنه اكتسبه في حال الإسلام فورثه وارثه منه من وقت الإسلام.

قوله: أَنَّهُ يُمْكِنُ الِاسْتِنَادُ، أي: استناد التوريث.

قوله: لِوُجُودِهِ قَبْلَ الرِّدَّةِ، أي: لوجود الكسب قبل الردة.

قوله: لِعَدَمِهِ قَبْلَهَا، أي: لعدم الكسب قبل الردة.

قوله: وَمِنْ شَرْطِهِ وُجُودُهُ قَبْلَهَا، أي: ومن شرط إسناد التوريث وجود الكسب قبل الردة، ليكون فيه توريث المسلم من المسلم؛ لأنا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردَّة يلزم توريث المسلم من الكافر، وذلك لا يجوز.

قوله: وَبَقِيَ وَارِثًا إِلَى وَقْتِ مَوْتِهِ، حتى لو حدث وارث له بعد الردَّة لا يرثه، كما إذا أسلم بعض قرابته بعد ردَّته، أو ولد له من علوق حادث بعد ردَّته، فإنه لا يرثه على هذه الرواية؛ لأن سبب التوريث الردة، فمن لم يكن موجودًا عند ذلك لم ينعقد له سبب الاستحقاق، ثمَّ تمام الاستحقاق بالموت فإنما يتمُّ في حق من انعقد له السبب، لا في حق من لم ينعقد له السبب، ثم في حق من انعقد له السبب يشترط بقاؤه إلى وقت تمام الاستحقاق،

يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرِّدَّةِ، وَلا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وُجُودُ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْحَادِثِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ قَبْلَ

فإذا ماتَ قبل ذلك يبطل السبب في حقه، كما في البيع الموقوف يتمُّ الملك عند الإجازة، ولكن يشترط قيام المعقود عليه عند الإجازة، حتى إذا هلكَ قبل ذلك بطل السبب، هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وأمَّا في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله يعتبر وجود الوارث وقت الردَّة.

ثمَّ لا يبطل استحقاقه لموته قبل موت المرتدِّ؛ لأن الردَّة في حكم التوريث كالموت، ومن ماتَ من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه، ولكن يخلفه وارثه فيه، فهذا مثله.

وأمَّا رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وهي الأصح يعتبر من يكون وارثًا له حين ماتَ أو قتل، سواءٌ كان موجودًا وقت الردَّة أو حدث بعده؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودًا عليه بالقبض، ويكون له حصة من الثمن، فهاهنا أيضًا من يحدث بعد انعقاد السبب يجعل كالموجود عند ابتداء السبب، ولو تصوَّر بعد الموت الحقيقي ولد له من علوق حادث، لكنَّا نجعله كذلك أيضًا، إلا أن ذلك لا يتصور، فأمَّا بعد الهلاك الحكمي فالزيادة تتصور فيجعل الحادث كالموجود عند ابتداء السبب، كذا في «المبسوط».

وحاصله أنَّ على رواية الحسن يشترط الوصفان، وهما كونه وارثًا وقت الردة، وكونه باقيًا إلى وقت الموت أو القتل، حتَّى لو كان وارثًا ثمَّ مات قبل موت المرتد، أو حدث وارث بعد ارتداده فإنَّهم لا يرثان، وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الأول دون الثاني، وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول.

قوله: بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، أي: يخلف الوارث وارثه.

الْقَبْضِ، وَتَرِثُهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا وَقْتَ الرِّدَّةِ، وَالْمُرْتَدَّةُ كَسْبُهَا لِوَرَثَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لا حِرَابَ

قوله: وَتَرِثُهُ امْرَأَتُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ؛ لأن النكاح بينهما وإن ارتفع بنفس الردة، ولكنه فار عن ميراثها وامرأة الفار ترث إن كانت في العدة عند موته، وعلى رواية أبي يوسف ترث وإن كانت منقضية العدة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن سبب التوريث كان موجودًا في حقِّها عند ردَّته، وعلى تلك الرواية إنَّما يعتبر قيام السبب عند أول الردَّة، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: إسناد التوريث على قول أبي حنيفة رحمه الله إلى ما قبل الردَّة، فعلى ذلك يجب أن لا يتفاوت بين ما إذا كانت المرأة مدخولًا بها أو غير مدخولٍ بها؛ لأن الردَّة موت حكمي، وإذا مات أحد الزوجين ورثَ الباقي عن الميِّت وإن كان قبل الدخول، وهاهنا لم ترث المرأة إذا كانت قبل الدخول أو بعد انقضاء العدة.

قلتُ: جعل ردَّة الرجل كالموت؛ لأنه يستحق بها قتله وليكون توريث المسلم من المسلم، وأمَّا هو حيّ حقيقةً، ألا ترى أن امرأته تعتدّ بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر، وإذا كان كذلك فلا ترث المرأة التي لم يدخل بها أو انقضت عدتها وقت الموت؛ لأن حكم التوريث إنما يتقرر بالموت وإن كان يستند إلى أول الردة؛ لأنه بعد الردة حيّ حقيقةً، وإنما يرث الحيّ من الميت لا من الحيّ، ولهذا يعتبر بقاء الوارث وقت موته، حتى لو ماتَ ولده قبل موته لم يرثه، فكذلك يعتبر قيام عدتها وقت موته، فإذا انعدم لم يكن لها ميراثٌ، إلى هذا أشار في «المبسوط».

فإن قيل: إنَّ أبا حنيفة رضي الله عنه أسند التوريث إلى ما قبل الردَّة، وقبل الردَّة هو صحيح حقيقةً وحكماً، فكيف يصير بالارتداد فارًّا عن ميراث امرأته، وحكم الفار مخصوصٌ بما إذا كان الطلاق في مرض الموت، أو فيما يقوم مقام مرض الموت، من حيث أنه يفضي إلى الهلاك غالبًا.

قلنا: قد ذكر في «الفوائد الظهيريَّة» بيان أنه صار فارًّا فقال: أمَّا إذا ارتدَّ الزوج وهو

مِنْهَا فَلَمْ يُوجَدْ سَبَبُ الفَيْءِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا المُسْلِمُ إِنِ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصْدِهَا إِبْطَالَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً لا يَرِثُهَا؛ لِأَنَّهَا لا تُقْتَلُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا بِالرِّدَّةِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ. قَالَ: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلادِهِ وَحَلَّتِ الدُّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ

مريض فلا إشكالَ، وإن كان صحيحاً فكذلك؛ لأن الردَّة بمنزلة المرض؛ لأنَّها سببٌ للموت فيتعلق حقها بماله، وهذا يعضد قول محمد رحمه الله، فإن عنده ينفذ تصرفه كما ينفذ في المريض، وحاصله أن الفرقة حكم الردَّة، وعلى قول بعض المشايخ الحكم يتعقَّب العلة، والردة من حين وجدت بمنزلة مرض الموت لإفضائها إلى الهلاك، فكان هو مبطلًا حقَّها بالارتداد فاعتبر لذلك بالفارّ.

قوله: بِخِلَافِ المُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، وأشار إلى الفرق وقال: المرأة لا تقتل والرجل يقتل، ومعنى هذا أن عصمة المال تبعٌ لعصمة النفس، فبالردَّة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل، فكذلك عصمة مالها، بخلاف الرجل، فلمَّا كانت عصمة مالها باقية بعد ردَّتها كان كل واحدٍ من الكسبين ملكها، فيكون ميراثاً لورثتها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا المُسْلِمُ إِنِ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ، يعني: أن المرأة إذا ارتدَّت وهي مريضة ثمَّ ماتت المرأة، أو لحقت بدار الحرب في العدة ورثها زوجها، لِقَصْدِهَا إِبْطَالَ حَقِّهِ، فكانت فارَّة فيرد قصدها عليها كما في جانب الرجل.

فإن قلتَ: إن فرار الزوج إنَّما كان متحقق إذا ماتَ الزوج وهي في العدة، ألا ترى أنه لو طلَّقها قبل الدخول في مرضه لم يكن لها الميراث؛ لأنَّها ليست في عدَّته، ثمَّ هاهنا لا عدَّة على الرجل فينبغي أن لا يرثها الزوج؛ ولأنها بنفس الردة قد بانت منه وهي لا تقتل، فلو قلنا بالتوريث كان فيه توريث المسلم من الكافر.

قلتُ: هذا الذي ذكرته هو جواب القياس، وأمَّا جواب الاستحسان فله الميراث؛ لأنه

مِنَ المُسْلِمِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَبْقَى مَالُهُ مَوْقُوفًا كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ غَيْبَةٍ فَأَشْبَهَ الغَيْبَةَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَلَنَا أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الإِسْلَامِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الإِلْزَامِ كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ المَوْتَى فَصَارَ كَالمَوْتِ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَسْتَقِرُّ لَحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ القَاضِي لِاحْتِمَالِ العَوْدِ إِلَيْنَا فَلا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ ثَبَتَتِ الأَحْكَامُ المُتَعَلِّقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا كَمَا فِي المَوْتِ الحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ لَحَاقِهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالقَضَاءُ لِتَقَرُّرِهِ بِقَطْعِ الِاحْتِمَالِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: وَقْتَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَوْتًا بِالقَضَاءِ، وَالمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الحَرْبِ فَهِيَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ.

تعلق حقه بمالها بمرضها، فكانت بالردة قاصدة إلى إبطال حقه فارَّة عن ميراثه، فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج، بخلاف ما إذا كانت صحيحةً حين ارتدت؛ لأنَّها بانت بنفس الردة، ولم تصر مشرفة على الهلاك؛ لأنَّها لا تقتل بخلاف الرجل، فلا تكون في حكم الفارة المريضة، فلا يرث زوجها منها، كذا ذكر المسألة في كتاب الطلاق والسير من «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ، أي: حقيقةً وحكمًا، أمَّا حقيقةً فإن بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم، وأمَّا حكمًا فإنه لمَّا أبطَلَ إحرازه نفسه بدار الإسلام حين عاد إلى دار الحرب صار حربًا للمسلمين، فأعطي له حكم أهل الحرب، والحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين، قال الله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]؛ ولأنه قد خرج من يد الإمام حقيقةً، ولو كان في يده لموَّته حقيقةً بأن يقتله فيقسم ماله، فإذا عجز عن ذلك بخروجه من يده موَّته حكمًا، فيقسم ماله بين ورثته، وحكم بعتق أمَّهات أولاده، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهِيَ - أي: الأحكام - مَا ذَكَرْنَاهَا، وهو **قوله**: عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، إلى آخره.

(وَتُقْضَى الدُّيُونُ الَّتِي لَزِمَتْهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ، وَمَا لَزِمَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدُّيُونِ يُقْضَى مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: هَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعَنْهُ أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِذَلِكَ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الرِّدَّةِ وَعَنْهُ عَلَى عَكْسِهِ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ المُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلِفٌ، وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الَّذِي وَجَبَ بِهِ الدَّيْنُ فَيُقْضَى كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الكَسْبِ المُكْتَسَبِ فِي تِلْكَ الحَالَةِ لِيَكُونَ الغُرْمُ بِالغُنْمِ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ كَسْبَ الإِسْلَامِ مِلْكُهُ حَتَّى يَخْلُفَهُ الوَارِثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الخِلَافَةِ الفَرَاغُ عَنْ حَقِّ المُوَرِّثِ فَيُقَدَّمُ بِالدَّيْنِ عَلَيْهِ، أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ؛ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ المِلْكِ بِالرِّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحِلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْهُ، كَالذِّمِّيِّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ

قوله: هَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وهي رواية زُفر عن أبي حنيفة.

قوله: وَعَنْهُ - أي: عن أبي حنيفة - أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الإِسْلَامِ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

قوله: وَعَنْهُ عَلَى عَكْسِهِ، بأن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردَّة، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله.

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ، وهو قضاء الدين في حال الإسلام من كسب الإسلام، وقضاء الدين في حال الردَّة من كسب الردة، وكذلك غيره من الوجهين.

قوله: إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحِلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْهُ، كَالذِّمِّيِّ، إلى آخره، جوابٌ لإشكال ورد على **قوله:** فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ، بأن يقال: لمَّا لم يكن كسب الردة مملوكًا له،

لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَجْهُ الثَّالِثِ أَنَّ كَسْبَ الإِسْلَامِ حَقُّ الوَرَثَةِ وَكَسْبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ أَوْلَى إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنْ كَسْبِ الإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: تُقْضَى دُيُونُهُ مِنَ الكَسْبَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الإِرْثُ فِيهِمَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ: (وَمَا بَاعَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهَنَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا

كيف يؤدى دينه منه وإن لم يكن له كسب الإسلام، فقال: هذا غير بعيد هو أن يصرف الكسب إلى الدين وإن لم يكن ملكًا له، كالذميّ إذا ماتَ ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه، بل يكون ماله لعامَّة المسلمين، ومع ذلك لو كان له دين يُقضى منه.

وذكر في «المبسوط»: فعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن، وقضاء الدين من كسب الردة، إذا كان في كسب الإسلام وفاءً بذلك.

قوله: وَكَسْبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، فإن قيل: هذا مناقض لما ذكر قبله في مواضع **بقوله**: وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ، **وقوله**: وَهَذَا يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ، **وقوله**: أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ، وخلوص الحق في المال إنَّما يُعرف بكونه مملوكـًا له.

قلنا: المعنيُّ من خلوص الحق هاهُنا هو أن لا يتعلق حق الغير به، كما يثبت التعلق في مال المريض، ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكـًا له، ألا ترى أن كسب المكاتب للمكاتب خالص حقه وليس بملك له، وكذلك الذمي إذا ماتَ ولا وارثَ له على ما ذكرنا، هو خالص حقه ولا ملكَ له فيه.

اللهُ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجْهَيْنِ.

اعْلَمْ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ عَلَى أَقْسَامٍ: نَافِذٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ المِلْكِ وَتَمَامِ الوِلَايَةِ،

قوله: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجْهَيْنِ، أحدهما: الإسلام، والثاني: أحد الأوجه الثلاثة من الموت، والقتل، واللحوق.

قوله: نَافِذٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ، فإن قيل: بالارتداد وقعت الفرقة بينهما، ثم بعد ذلك كيف يتصور الطلاق من المرتد؟

قلنا: قد فصلنا في آخر باب نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح الفرقة التي يقع بعدها الطلاق، والفرقة التي لا يقع بعدها الطلاق، وقد ذكرنا من رواية «المحيط» أن الفرقة التي تقع بالارتداد من قبيل الفرقة التي يقع بعدها الطلاق، فكان طلاق المرتد واقعًا بعد الفرقة بالارتداد، كما لو طلقها بعدما أبانها بالطلاق البائن، على أنا نقول: يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة به، كما لو ارتدًا معًا.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ المِلْكِ وَتَمَامِ الوِلَايَةِ، هذا نشرٌ لما لفَّ بقوله: كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ، أي: الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صحَّ في جارية الابن، والطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية حتى صحَّ من العبد مع قصور ولايته على نفسه.

وذكر في «المبسوط»: منها نافذ بالاتفاق وهو الاستيلاد، حتى إذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت النسب منه، وورثه هذا الولد مع ورثته، وكانت الجارية أم ولد له؛ لأن حقه في ماله أقوى من حق الأب في جارية ولده، واستيلاد الأب صحيحٌ، فاستيلاد المرتد أَوْلَى؛ ولأنها موقوفة على حكم ملكه حتى إذا أسلم كانت مملوكةً له، وحقُّه فيها أقوى من حق المولى في كسب المكاتب، وهناك يصح منه دعوة النسب فهاهنا أَوْلَى، إلا أنَّ هناك يحتاج إلى تصديق المكاتب لاختصاصه بملك اليد والتصرف، وهاهنا لا يحتاج إلى تصديق الورثة؛ لأنه لم يثبت لهم ملك اليد والتصرف في الحال.

وَبَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ المِلَّةَ وَلا مِلَّةَ لَهُ، وَمَوْقُوفٌ

قوله: وَبَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ المِلَّةَ وَلا مِلَّةَ لَهُ، فإن قيل: أيّ شيء تعنى بالملة؟ إن عنيت بها ملة الإسلام فينتقض بصحة نكاح أهل الكتاب، وإن عنيت بها الملة السماوية فينتقض بصحة نكاح المجوس، وأهل الشرك فيما بينهم، وليس لهم ملة سماوية أصلًا، لا مقرَّرة ولا محرَّفة، ومع ذلك أن نكاحهم محكوم بالصحة، والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضي أهل الإسلام بالنفقة والسكنى، وجريان التوارث بين الزوجين؛ ولأنهم لو أسلموا على نكاحهم ذلك يقرُّون عليه إذا لم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «ولدتُ من نكاح لا من سفاح».

قلنا: قال الإمام ظهير الدين رحمه الله في «الفوائد الظَّهيريَّة»: وقد راجعتُ الفحول في هذا فلم أجد لديهم ما يجدي نفعًا، وكنتُ في ذلك متململًا حتى هجسَ في فؤادي والتاطَ بصَفَري[1]، وذكر ما هجسَ في فؤاده، وهو أن المعنيَّ من تلك الملة هي الملة التي يتديَّنون بذلك النكاح المتوارث، ويقرون على ذلك؛ لأن عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح، وهو التَّوالد والتناسل، وينتظم مصالح النكاح، وإذا كان كذلك فالمرتد والمرتدَّة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما؛ وذلك لأن المرتد يستتاب بالسيف، والمرتدة تستتاب بالحبس، فكيف ينتظمُ ما هو الغرض من النكاح؟ فلمَّا لم يحصل لهما هذا الغرض لا يكون لهما ملَّة يتدينون بها التوارث، فلا يصح نكاحُهما، فالحاصل أن حلَّ الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب، وصحة النكاح يقتضي ملة لو ماتَ من عليها يرثه من كان عليها بذلك النكاح، فلذا جازَ نكاح المجوس، ونكاح سائر المشركين؛ لأنَّهم دانوا دينًا لو مات من عليه يرثه من كان عليه، ويقرون على ذلك الدين، فحينئذٍ ينتظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم، بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا، فلا يصح نكاحهما.

قوله: وَمَوْقُوفٌ بِالِاتِّفَاقِ كَالمُفَاوَضَةِ، فإنه إذا فاوض مسلمًا توقف، فإن أسلم نفذت

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط)، وفيض الله أفندي - الأولى (ف١): قال في الصحاح: وقولهم: لا يلتاط هذا بصَفَري، أي لا يلزَقُ بي ولا تقبلُه نفسي.

بِالِاتِّفَاقِ كَالمُفَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسْلِمْ، وَمُخْتَلَفٌ فِي تَوَقُّفِهِ وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ.

لَهُمَا أَنَّ الصِّحَّةَ تَعْتَمِدُ الأَهْلِيَّةَ وَالنَّفَاذَ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، وَلَا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الأَهْلِيَّةِ لِكَوْنِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا المِلْكُ لِقِيَامِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرِّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنِ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ قَبْلَ المَوْتِ لَا يَرِثُهُ فَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَوْدُهُ إِلَى الإِسْلَامِ، إِذِ الشُّبْهَةُ تُزَاحُ فَلَا يُقْتَلُ وَصَارَ

المفاوضة، وإن ماتَ أو قتلَ أو قضى بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق، ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تبقى عنانًا.

قوله: وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ، وهو **قوله**: وَمَا بَاعَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ، إلى آخره.

قوله: عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وهو **قوله**: لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ.

قوله: وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ، هذا لإيضاح أن الملك للمرتد باقٍ.

قوله: وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ - أي: ولد المرتد - بَعْدَ الرِّدَّةِ قَبْلَ المَوْتِ لَا يَرِثُهُ، هذا أيضًا لإيضاح أنَّ الردة ليست كالموت من كل وجهٍ، وأهلية المرتد للملك باقية، وإنما قيَّد بالولد المولود بعد الردة، وإن كان الحكم في الولد المولود قبل الردة كذلك أيضًا، لدفع شبهة عسى ترد بأن يقال: إنَّما ورث المرتد ولدُه المولود قبل الردة؛ لأنه انتقل إليه إرثه قُبيل الردَّة.

قوله: إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ؛ لأنه متمكِّن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب مستحق عليه مرغوب فيه، فلا تصير في حكم المريض، كمن قصد أن يلقى نفسه من شاهق جبل لا يصير به في حكم المريض، يوضحه: أن المقضى عليه بالرجم والقصاص لا يصير كالمريض ما دام في السجن، لتمكنه من دفع الهلاك عن نفسه

كَالْمُرْتَدَّةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ؛ لِأَنَّ مَنِ انْتَحَلَ إِلَى نِحْلَةٍ لا سِيَّمَا مُعْرِضًا عَمَّا نَشَأَ عَلَيْهِ قَلَّمَا يَتْرُكُهُ فَيُفْضِي إِلَى الْقَتْلِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ؛ لِأَنَّهَا لا تُقْتَلُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوَقُّفِ الْمِلْكِ وَتَوَقُّفُ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ فَيُؤْخَذُ وَيُقْهَرُ وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، فَكَذَا الْمُرْتَدُّ، وَاسْتِحْقَاقُهُ

بادِّعاء شبهةٍ، فالمرتد أَوْلَى؛ لما أن دعوى الشبهة هناك متردِّدَةٌ في القبول، وهاهنا تقبل قطعـًا.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ؛ لأنه لمَّا أشرف على الهلاك أعطي له حكم المريض في التصرف، ألا ترى أن زوجته ترثه بحكم الفرار، وذلك لا يتحقق إلا في المريض، كذا في «المبسوط».

قوله: عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وهو **قوله:** أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ، إلى آخره.

قوله: وَصَارَ كَالْحَرْبِيِّ يَدْخُلُ دَارَنَا، إلى أن قال: وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، إلا أنَّ هناك يتوقف حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن، وهاهنا بين القتل، والإسلام، ثم هناك إن استرق أو قتل بطل، وإن ترك نفذ، فكذلك هاهنا.

يوضحه: أنَّ المرتد هالك حكمـًا، والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال، ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين، فكذا الهلاك الحكمي، وإذا توقف الملك توقف ما يبتني عليه من التصرفات، كما في الحربي الذي ذكرنا، بخلاف المقضى عليه بالقصاص والرجم؛ فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس، وهو الإسلام، وإنَّما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق وليِّ القصاص، حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير إذنه يقتل القاتل، فيبقى مالكًا حقيقةً لبقاء عصمة ماله، وقد انعدم هاهنا ما به كانت العصمة في حق النفس في حق الكل، فكذلك في حق المال؛ ولأنَّها تابعة للنفس في العصمة؛ ولأن تأثير الردة في نفي المالكية فوق تأثير الرق، فإن الرقَّ ينافي مالكية المال، ولا ينافي مالكية النكاح، والردَّة تنافيها، فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار عدم مالكية المال فهاهنا أَوْلَى،

الْقَتْلَ لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ فِي الْفَصْلَيْنِ فَأَوْجَبَ خَلَلًا فِي الْأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ فِي ذَلِكَ جَزَاءٌ عَلَى الْجِنَايَةِ، وَبِخِلَافِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَرْبِيَّةً؛ وَلِهَذَا لا تُقْتَلُ.

(فَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلَحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِيهِ لِاسْتِغْنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احْتَاجَ إِلَيْهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ، وَبِخِلَافِ

كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: لِبُطْلَانِ سَبَبِ الْعِصْمَةِ، وسببُ العصمة كونه آدميًّا مسلماً، وقد بطل ذلك بالكفر فصار كالجماد.

قوله: فِي الْفَصْلَيْنِ، وهما فصل الحربي، وفصل المرتد، وذكر صدرُ الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير»: إلا أنَّ ما قاله أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أحسن؛ لأن المرتد لا يقبل الرق، والقهر يكون قهرًا حقيقيًّا، ولا يكون حكميًّا، والملك يبطل بالقهر الحكمي لا بالحقيقي، ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضى عليه بالرجم.

قوله: وَإِذَا عَادَ مُسْلِمًا احْتَاجَ إِلَيْهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ؛ لأن الوراثة خلافه، والخَلَفُ يسقط اعتباره إذا ظهر الأصل، ولمَّا جاء تائباً فقد صار حيًّا حكمًا، كذا في «المبسوط».

وقال شمس الأئمَّة الحلواني رحمه الله: وهذا لو كان هذا بعد موته حقيقةً، بأن أحْيَاه الله تعالى وأعاده إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا، إلا أنه خلاف العادة.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَزَالَهُ الْوَارِثُ عَنْ مِلْكِهِ، فإنه لا سبيل عليه؛ لأنه أزاله في وقتٍ كان بسبيل من الإزالة، فنفذت الإزالة، ولا سبيل له على أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ؛ لأن القاضي قضى بعتقهن عن ولاية؛ لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يموته حقيقة، فإذا خرج عن ولايته كان له أن يموته حكمًا، فإذا قضى عن ولاية ينفذ قضاؤه، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل

أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ؛ لِأَنَّ القَضَاءَ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ فَلَا يُنْقَضُ، وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ القَاضِي بِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا لِمَا ذَكَرْنَا.

(وَإِذَا وَطِئَ المُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ لَهُ فِي حَالَةِ الإِسْلَامِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ارْتَدَّ فَادَّعَاهُ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالوَلَدُ حُرٌّ وَهُوَ ابْنُهُ وَلَا يَرِثُهُ، وَإِنْ كَانَتِ الجَارِيَةُ مُسْلِمَةً وَرِثَهُ الِابْنُ إِنْ مَاتَ عَلَى الرِّدَّةِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ) أَمَّا صِحَّةُ الِاسْتِيلَادِ فَلِمَا قُلْنَا.

النقض، وهذه حياة حادثة، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ القَضَاءَ قَدْ صَحَّ بِدَلِيلٍ مُصَحِّحٍ، وهو قضاء القاضي بلحاقه.

قوله: فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا، بفتح الزاي، أي: كأنه لم يرتد في حق عدم زوال ملكه.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى **قوله:** إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ لَحَاقُهُ إِلَّا بِقَضَاءِ القَاضِي، فلا بدَّ من القضاء، يعني: إذا جاء مسلماً قبل القضاء بلحاقه، فأمَّهات أولاده والمدبرون على حالهم، أي: لا يعتقون بقضاء القاضي، وما كان عليه من الديون فهي إلى أجله كما كانت؛ لأن موته لا يتقرَّر قبل القضاء، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَإِذَا وَطِئَ المُرْتَدُّ، إلى **قوله:** فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وذكر في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام، وقاضي خان، والتمرتاشي رحمهم الله: فجاءت به لستة أشهر؛ فألحقوا ستَّة أشهر بالأكثر منها، ثمَّ فائدة التقييد **بقوله:** لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أنَّها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد، وإن كانت أمُّه نصرانية؛ لأنا تيقنا حينئذٍ بوجوده في البطن قبل الردَّة، فيكون مسلماً تبعًا للأب، وأمَّا إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردَّة لم نتيقن بعلوق الولد قبل الردة، فلا يجعل الولد مسلماً بإسلام الأب قبل الردَّة، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: فَلِمَا قُلْنَا، وهو **قوله:** لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ المِلْكِ.

وَأَمَّا الإِرْثُ فَلِأَنَّ الأُمَّ إِذَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً وَالوَلَدُ تَبَعٌ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الإِسْلَامِ لِلْجَبْرِ عَلَيْهِ فَصَارَ فِي حُكْمِ المُرْتَدِّ وَالمُرْتَدُّ لا يَرِثُ المُرْتَدَّ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً فَالوَلَدُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا خَيْرُهُمَا دِينًا وَالمُسْلِمُ يَرِثُ المُرْتَدَّ.

قوله: فَالوَلَدُ تَبَعٌ لَهُ لِقُرْبِهِ إِلَى الإِسْلَامِ، فإن قيل: لِمَ لا يجعل مسلماً باعتبار دار الإسلام كاللقيط؟ قلنا: لأن تبعية الدار عند عدم الأبوين، فأمَّا عند وجودهما فلا يثبت ابتداءُ الإسلام للولد باعتبار الدار، كالصغير إذا سبي ومعه أحد أبويه، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي، وقاضي خان رحمهما الله.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين، إذا ارتد أبواه فإنه يبقى الولد مسلماً ما دام في دار الإسلام باعتبار الدار، فعُلِم بهذا أن تبعية الدار معتبرة عند وجود الأبوين أيضًا.

قلتُ: إنَّما كان كذلك؛ لأن هناك قد ثبتَ للولد حكم الإسلام قبل ارتداد أبويه باعتبار تبعيتهما، فيبقى على ما كان باعتبار بقائه في دار الإسلام، بخلاف ما نحن فيه، فإنه لم يكن لهذا الولد حكم الإسلام، فلا يثبت ابتداء الإسلام باعتبار الدار إذا كان في يد أبوين كافرين، وإذا ثبتَ أنه غير مسلم قلنا: المرتد لا يرثه إلا ورثته المسلمون، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»، فعُلِم بهذا أن ترجيح تبعية الأبوين على الدار إنما هو في ابتداء وجود الولد لا في حالة البقاء.

وأيَّد هذا أيضًا ما ذكره في «الإيضاح» فقال: وإن ولد ولد وهما مسلمان، ثمَّ ارتد لم يحكم بردته ما دام في دار الإسلام؛ لأن التبعية قد تجوز أن تثبت بحكم الدار، إلا أن تبعية الأبوين أَوْلَى من تبعية الدار، فلا يثبت حكم الإسلام ابتداءً بتبعية الدار ما دامت تبعية الأبوين قائمة، فإذا حكم بإسلامه اعتبر الدار لإبقاء حكم الإسلام دون الإثبات ابتداءً.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» بعد ذكر وراثة الولد فيما إذا كانت أمُّه مسلمةً، وقال: وما قال في الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حالة الردة، يضعف بهذه المسألة؛ لأن الولد هنا لم يكون موجودًا حال الإسلام،

(وَإِذَا لَحِقَ المُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ المَالِ فَهُوَ فَيْءٌ، فَإِنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالًا وَالحَقَهُ بِدَارِ الحَرْبِ فَظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ المَالِ فَوَجَدَتْهُ الوَرَثَةُ قَبْلَ القِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الإِرْثُ، وَالثَّانِيَ انْتَقَلَ إِلَى الوَرَثَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ فَكَانَ الوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا. (وَإِذَا لَحِقَ المُرْتَدُّ بِدَارِ الحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ فَقُضِيَ بِهِ لِابْنِهِ وَكَاتَبَهُ الِابْنُ ثُمَّ جَاءَ المُرْتَدُّ مُسْلِمًا فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالمُكَاتَبَةُ وَالوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ)؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى بُطْلَانِ الكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ،

ومع هذا يرث، فعُلِم بهذا أن الصحيح هو ما رواه محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله هو من كان وارثًا عند موته، سواءٌ كان موجودًا وقت الردَّة أو حدثَ بعد ذلك.

قوله: ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ المَالِ فَهُوَ فَيْءٌ، أي: فذلك المال فَيْءٌ دون نفس المرتد، ويجوز أن يكون ماله فيئًا، ولا يكون نفسه فيئًا كمشركي العرب.

قوله: فَوَجَدَتْهُ الوَرَثَةُ قَبْلَ القِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ، وهذا إذا قضى القاضي بلحاقه، وقسم ماله بين ورثته، فيكون المرتد في هذه الصورة آخذًا مال الورثة لا مال نفسه، والحربي إذا استولى على مال المسلمين، وأحرزه بدار الحرب، ثم وقع المال في الغنيمة كان للمالك القديم أن يأخذه قبل القسمة بغير شيء، كذلك هاهنا، فإن كان القاضي لم يقض بلحاقه حتى عاد وأخذ المال، وأحرزه بدار الحرب، ثم وقع في الغنيمة في ظاهر الرواية، وهو جواب هذا الكتاب، يرد على الورثة أيضًا؛ لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود، فكان ميتًا ظاهرًا، وفي بعض روايات «السير»: يكون فيئًا لا حق للورثة فيه؛ لأن الحق لا يثبت للورثة إلا بالقضاء، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَالوَلَاءُ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ، بخلاف ما إذا رجع بعدما عتق المكاتب، فإن الولاء فيه للابن.

قوله: لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ، وهو قضاء القاضي باللحوق.

فَجَعَلْنَا الوَارِثَ الَّذِي هُوَ خَلَفُهُ كَالوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ العَقْدِ فِيهِ تَرْجِعُ إِلَى المُوَكِّلِ، وَالوَلاءُ لِمَنْ يَقَعُ العِتْقُ عَنْهُ. (وَإِذَا قَتَلَ المُرْتَدُّ رَجُلًا خَطأً ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ أَوْ قَتَلَ عَلَى رِدَّتِهِ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: الدِّيَةُ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الإِسْلَامِ وَالرِّدَّةِ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ المُرْتَدَّ؛ لِانْعِدَامِ النُّصْرَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ، وَعِنْدَهُمَا الكَسْبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الحَالَيْنِ، وَلِهَذَا يَجْرِي الإِرْثُ فِيهِمَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ مَالُهُ المُكْتَسَبُ فِي الإِسْلَامِ؛ لِنَفَاذِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ المَكْسُوبِ فِي الرِّدَّةِ؛ لِتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ،

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وإنما صار الولاء للمرتد الذي أسلم في مسألة الكتاب؛ لأن ملك الوارث خلف عن ملك المورث، وبالكتابة لا يزول ملك الرقبة، والأصل أن المرتد إذا جاء مسلمًا يعاد إليه ما كان من ملكه؛ لأن الخلف يسقط اعتباره إذا ظهر الأصل، ولكن لا تبطل الكتابة؛ لأنه تصرف نفذ من الابن في حال قيام ولايته، فإذا عاد إلى المرتد وهو مكاتب على حاله، كان الابن كالنائب عنه في الكتابة، فيستوفي المرتد مكاتبته، ويعتق على ملكه، فيكون الولاء له، بخلاف ما إذا رجع بعدما عتق المكاتب؛ لأن الملك الذي كان له غير قائم بعد أداء الكتابة، وبخلاف ما لو باعه الابن من غيره؛ لأن الملك الذي كان له ينقطع بالبيع، ويثبت ملك حادث للمشتري بسبب متجدد.

ولا يقال: المكاتب لا يحتمل النقل من ملكٍ إلى ملكٍ فكيف ينتقل هنا من الإرث إلى الأب إذا رجع مسلمًا؟ لأنا نقول: إن هذا ليس بانتقال، بل هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الأصل، فلا يكون ذلك انتقالًا من الخلف إلى الأصل.

قوله: لِأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ المُرْتَدَّ؛ لِانْعِدَامِ النُّصْرَةِ، أي: التعاقل إنَّما يكون باعتبار التناصر واحدٌ، لا ينصر المرتد، وتكون الدية في ماله كسائر ديونه.

قوله: وَعِنْدَهُ مَالُهُ، مبتدأ، و: **المُكْتَسَبُ،** خبره لا صفته؛ لأنه لا يستقيم المعنى

وَلِهَذَا كَانَ الأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ، وَالثَّانِي فَيْئًا عِنْدَهُ.

(وَإِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُسْلِمِ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى القَاطِعِ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ لِلْوَرَثَةِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ السِّرَايَةَ حَلَّتْ مَحَلًّا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَأُهْدِرَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الإِهْدَارَ لا يَلْحَقُهُ الِاعْتِبَارُ، أَمَّا المُعْتَبَرُ قَدْ يُهْدَرُ بِالإِبْرَاءِ فَكَذَا بِالرِّدَّةِ، وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَحِقَ وَمَعْنَاهُ إِذَا قُضِيَ

على تقدير الصفة.

قوله: وَإِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُسْلِمِ، أي: إحدَى يديه.

قوله: أَمَّا الأَوَّلُ، وهو ما إذا ماتَ على ردته.

قوله: فَأُهْدِرَتْ، أي: أهدرت السراية؛ لأنَّها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد، والدية الكاملة في الخطإ؛ لأن قطع اليد صار نفسًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ، حيث لا يضمن القاطع شيئًا، وإن كان معصومًا وقت السراية.

قوله: لِأَنَّ الإِهْدَارَ لا يَلْحَقُهُ الِاعْتِبَارُ، أي: إذا لم يقع معتبَرًا لا يكون معتبَرًا أبدًا؛ لأن غير الموجب لا ينقلبُ موجبًا.

قوله: أَمَّا المُعْتَبَرُ قَدْ يُهْدَرُ بِالإِبْرَاءِ، وكذلك بالإعتاق، وكذلك بالبيع.

وقد ذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: رجل قطع يد عبدٍ إنسانٍ ثم باعه مولاه، ثم ردَّ عليه بالعيب، ثم مات العبد من القطع، فإن الجانِي لا يضمن للبائع ضمان النفس؛ لأنه لمَّا باعه قد أبرأه عن ضمان السراية من حيث المعنى.

قوله: وَمَعْنَاهُ إِذَا قُضِيَ بِلَحَاقِهِ، وأمَّا إذا لم يقض القاضي بلحاقه حتى عاد مسلمًا،

بِلَحَاقِهِ فَلِأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقْدِيرًا، وَالمَوْتُ يَقْطَعُ السِّرَايَةَ، وَإِسْلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقْدِيرِ فَلَا يَعُودُ حُكْمُ الجِنَايَةِ الأُولَى، فَإِذَا لَمْ يَقْضِ القَاضِي بِلَحَاقِهِ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ الَّذِي نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ رَحِمَهُمَا اللهُ: فِي جَمِيعِ ذَلِكَ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهْدَرَ السِّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ، وَلَهُمَا أَنَّ الجِنَايَةَ وَرَدَتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ وَتَمَّتْ فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ، كَمَا إِذَا لَمْ تَتَخَلَّلِ الرِّدَّةُ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِقِيَامِ العِصْمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ

فالصحيح أنه على الخلاف؛ لأن قضاء القاضي إذا لم يتصل بلحاقه فهو بمنزلة الغيبة في بقاء أملاكه، وحقوقه إن كان مسلماً، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ، أي: قطع يد المسلم، ثم ارتد ولم يلحق بدار الحرب، ثم أسلم ثُمَّ مَاتَ، إلى آخره.

قوله: لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهْدَرَ السِّرَايَةَ فَلَا يَنْقَلِبُ بِالإِسْلَامِ إِلَى الضَّمَانِ؛ لأن الردّة معنًى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء، فكذلك إذا لم يمت عليه، كعبد قطعت يده ثمَّ باعه المولى ثمَّ اشتراه، أو تناقضا البيع ثمَّ مات لم تجب إلا دية اليد، كما لو مات على البيع؛ لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيءٌ؛ ولأن البيع معنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمةً، والردة تبطل حق النفس أصلًا.

إلا أنا نقول: إن الردة ليست بإبراء عن ضمان الجناية وضعًا ولا شرعـًا، بل هي لتبديل الدين، ألا ترى أنَّها تصح من غير إبراء، إلا أنه إذا ماتَ على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة، بخلاف ما إذا باع العبد المجني عليه؛ لأن البيع وضع لقطع ملكه، والضمان بدل ملكه، فلمَّا قطع الأصل قصدًا فقد قطع البدل أيضًا فصار كالإبراء، كذا في «الأسرار».

الجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا المُعْتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الحُكْمِ، وَحَالَةُ البَقَاءِ بِمَعْزِلٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَصَارَ كَقِيَامِ المِلْكِ فِي حَالِ بَقَاءِ اليَمِينِ.

(وَإذَا ارْتَدَّ المُكَاتَبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مَالًا فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَأَبَى أَنْ يُسْلِمَ فَقُتِلَ فَإِنَّهُ يُوَفَّي مَوْلَاهُ مُكَاتَبَتَهُ وَمَا بَقِيَ فَلِوَرَثَتِهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسْبَ الرِّدَّةِ مِلْكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلِأَنَّ

قوله: وَحَالَةُ البَقَاءِ بِمَعْزِلٍ مِنْ ذَلِكَ، أي: من انعقاد السبب و ثبوت الحكم، فلا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة، كما لا يعتبر في باب الزكاة نقصان النصاب في خلال الحول، فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين، فإنه إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌّ؛ ثم باعه، ثم اشتراه، ثم دخل الدار عتق، أمَّا لو عدم الملك عند اليمين، أو عند الحنث لم يعتق، هذا هو الحكم في المقطوعة يده.

وإن كان القاطع هو الذي ارتدَّ فقتل، ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلماً، فإن كان عمدًا فلا شيءَ له؛ لأن الواجب في العمد القود، وقد فات محله حين قتل على ردته أو ماتَ، وإن كان خطأً فعلى عاقلة القاطع دية النفس؛ لأنه عند الجناية كان مسلماً، وجناية المسلم إذا كانت خطأً على عاقلته، وتبيَّن بالسراية أن جنايته كانت قتلًا، فلهذا كان على عاقلته دية النفس، وإن كانت الجناية منه في حال ردته، كانت الدية في الخطأ في ماله؛ لما بيَّنا أن المرتدَّ لا يعقل جنايته أحد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى أَصْلِهِمَا؛ لِأَنَّ كَسْبَ الرِّدَّةِ ملك المرتد بمنزلة كسب الإسلام، وإنَّما يشكل على قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن عنده كسب الردة لا يكون ملكًا للمرتدِّ إذا كان حرًّا، وجعله ملكًا إذا كان مكاتبًا.

ووجهه أن المكاتب إنَّما اختص بإكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابه لا يبطل بالردة؛ لأنه لا يبطل بحقيقة الموت، فلا يبطل باللحاق الذي هو شبهة الموت، وحاصله كونه في دار الحرب ككونه في دار الإسلام؛ لأن قيام ملك المولى في رقبته يمنع صيرورته حربيًّا، ويجعله

الْمُكَاتَبَ إِنَّمَا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ بِالكِتَابَةِ، وَالكِتَابَةُ لا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ فَكَذَا أَكْسَابُهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ، فَكَذَا بِالأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى.

في حكم المرتد في دار الإسلام، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وقاضي خان.

فإن قلتَ: سلمنا أن المكاتب يملك إكسابه وإن كان مرتدًّا، لكن لمَّا قتل عن وفاء كان حرًّا في آخر جزء من أجزاء حياته، كما هو مذهبنا، ثم تستند حريته إلى ما قبل الموت حتى يحكم بحرية أولاده الموجودين في حال كتابته، فحينئذٍ كان ما اكتسبه في حال الارتداد كسب الحر المرتد، فيجب أن يكون فيئاً على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قلتُ: ذاك جواب القياس، وأمَّا جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته؛ لأنا حكمنا بحريته بالأداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة، وذلك حريته، وحرية أولاده، وحقيقة الملك له في المكاسب، وفيما عدا ذلك يعتبر ميتًا عَبْدًا، ألا ترى أنه لا تنفذ وصيته وإن مات عن وفاءٍ؛ لأنَّها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة، وإذا كان كذلك فنقول: في حق عدم صيرورته فيئاً يجعل كأنه مات عبدًا، وكسب العبد المرتد لا يكون فيئاً، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَكَذَا بِالأَدْنَى، وهو الردة، يعني: أن الرقَّ أقوى من الردة في المانعية من التصرف؛ لأن بعض تصرفات المرتد نافذة بالإجماع كالاستيلاد، وعندهما عامَّة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما، وأمَّا العبد فممنوعٌ عن التصرفات كلها، ثمَّ لمَّا لم يتوقف تصرف المكاتب مع أنه رقيق، لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى.

قلتُ لشيخي رحمه الله: في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف، عدمُ منع الردة عنه؛ لأنه إذا لم يمنعه كل واحد منهما عند الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع؛ لأن للاجتماع تأثيرًا كما في الشاهدين، ثم اجتمع هاهنا للمكاتب هذا ثلاثة أوصاف: كونه مكاتباً، ورقيقاً، ومرتدًّا، فجاز أن يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف.

قال رحمه الله: أمَّا الكتابة فهي مُطْلِقة للتصرف لا مانعة، وأمَّا الرق والردَّة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده، فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة، كما إذا

(وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَامْرَأَتُهُ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَا بِدَارِ الحَرْبِ فَحَبِلَتِ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَدًا وَوُلِدَ لِوَلَدِهِمَا وَلَدٌ فَظُهِرَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا فَالوَلَدَانِ فَيْءٌ)؛ لِأَنَّ المُرْتَدَّةَ تُسْتَرَقُّ فَيَتْبَعُهَا وَلَدُهَا، وَيُجْبَرُ الوَلَدُ الأَوَّلُ عَلَى الإِسْلَامِ، وَلا يُجْبَرُ وَلَدُ

أقام أحد المدعيين أربعةً من الشهود، بل الرجحان إنَّما يثبت بوصفٍ في العلة، لا بالعلة نفسها لما عُرف.

قوله: وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَامْرَأَتُهُ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَا بِدَارِ الحَرْبِ فَحَبِلَتِ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ، إلى آخره، قيل: ذكر دار الحرب وقع اتفاقًا، فإنها إذا حبلت في دارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب كذلك، ولعله يشتمل على فائدة، وهي أن العلوق متى كان في دار الحرب كان أبعد عن الإسلام، ومتى كان في دار الإسلام كان أقرب إلى الإسلام باعتبار الدار، لكون الدار جهة في الاستتباع، فالجبر هناك يكون جبرًا هنا بالطريق الأولى، وهذا هو الحكم في الحبل.

وأمَّا إذا ارتد الزوجان ولهما أولاد صغار، فلحقا بدار الحرب مع أولادهم الصغار فولد لأولادهما أولاد ثم ظهر عليهم، ذكر الكرخي في رحمه الله «مختصره» أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يجبر الأولاد الذين خرجا بهم من دار الإسلام، وأمَّا أولاد الأولاد فإن أسلموا وإلا حبسوا، أمَّا الأولاد الذين لحقا بهم؛ لأنا حكمنا بإسلامهم إمَّا تبعًا للدار أو للأبوين، فيجبرون على الإسلام ولا يقتلون؛ لأنا حكمنا بإسلامهم في حال لا تلحقهم العقوبة لضعف حالهم، فيمتنع القتل، ولا يمتنع الجبر على الإسلام كالمرأة، وأمَّا أولاد هؤلاء يجبرون على الإسلام؛ لأنهم أولاد من حكم بإسلامهم، وقال أبو يوسف: لا يجبر أولاد الأولاد على الإسلام؛ لأنه لو ثبتَ الجبر لثبت تبعـًا للجدّ، وذلك ممتنعٌ، والموجود في البطن حالة اللحوق بدار الحرب بمنزلة المولود في دار الإسلام، لثبوت الإسلام له في البطن.

قوله: وَلا يُجْبَرُ وَلَدُ الوَلَدِ، وهو ظاهر الرواية، ووجهه أنه لو كان مسلمًا تبعًا للجد كان تبعـًا لجدِّ جدِّه، فحينئذٍ يكون الناس كلهم مسلمين بإسلام آدم عليه السلام، فلا يجبر على الإسلام تبعـًا للجد، ولا يجبر أيضـًا تبعـًا لأبيه، وهو الولد الأول؛ لأن التبع لا يستتبع

الوَلَدِ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ، وَأَصْلُهُ التَّبَعِيَّةُ فِي الإِسْلَام وَهِيَ رَابِعَةُ أَرْبَعِ مَسَائِلَ كُلُّهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الفِطْرِ، وَالثَّالِثَةُ جَرُّ الوَلَاءِ، وَالأُخْرَى الوَصِيَّةُ لِلْقَرَابَةِ.

قَالَ: (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ لَا يَرِثُ أَبَوَيْهِ إِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ، وَقَالَ

غيره، والولدان فَيْءٌ، أما ولد الولد فلأنه كافر أصليٌّ، وأما الولد الأول فلأنه ولد المرتدة، وولد المرتدة يسبى تبعًا للأمِّ؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية.

قوله: وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا لِلْجَدِّ؛ لأن التبعية في حق الأب للتفرع، والتفرع ثابت في حق الجد، ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح، وبيع مال الصغير.

قوله: كُلُّهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، أي: في ظاهر الرواية لم يجعل الجدُّ بمنزلة الأب في تلك المسائل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة يُجعل الجد فيها بمنزلة الأب.

أمَّا صورة صيرورة الولد مسلماً بإسلام جدِّه، فهي ما ذكرناه.

وأمَّا صورة صَدَقَةُ الفِطْرِ: فهي أن الأب إذا كان فقيرًا أو عبدًا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد عليه؟

وصورة جَرُّ الوَلَاءِ: أنه إذا أعتق الجد، والحافد حرٌّ والأب رقيقٌ، هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أم لا؟

وصورة الوَصِيَّةِ لِلْقَرَابَةِ: إذا أوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها، وهل يدخل الجد أم لا؟ ففي ظاهر الرواية يدخل، وفي رواية الحسن لا يدخل، هذا كله من «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ - حتى يبطل نكاحه، ويحرم عن الميراث - وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ، وإن أدرك كافرًا، ولكنه

أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِسْلَامُهُ لَيْسَ بِإِسْلَامٍ وَارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ، لَهُمَا فِي الإِسْلَامِ أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا، وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشُوبُهَا المَضَرَّةُ فَلَا يُؤَهَّلُ لَهُ.

وَلَنَا فِيهِ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَسْلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِسْلَامَهُ، وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ، وَلِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الإِسْلَامِ وَهِيَ التَّصْدِيقُ

يحبس، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رحمهم الله رجع عن قوله في ردَّة المراهق وقال: ردته لا تكون ردَّة، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، كذا في «المحيط».

قوله: فِي الإِسْلَامِ أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا، أي: يصح إسلامه بطريق التبعية للأبوين، فلا يصح بطرق الأصالة؛ إذ التبعية دليل العجز، والأصالة دليل القدرة، وبين القدرة والعجز تضاد وتنافٍ، ثم إنَّ إسلامه يصح بطريق التبعية بالإجماع، فيجبُ أن لا يصح بطريق الأصالة.

قوله: وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ، فإن عليًّا رضي الله عنه أسلم وهو صبيٌّ، وحسن إسلامه حتى افتخر به في شعره، حتى قال:

سَبَقْتُكُمْ إِلَى الإِسْلَامِ طُرًّا * غُلَامًا مَا بَلَغْتُ أَوَانَ حُلُمِي

واختلفت الرواية في سنِّه حين أسلم وحين مات، قال جعفر بن محمد: أسْلَم وهو ابن خمس سنين، وماتَ وهو ابن ثمان وخمسين سنة؛ لأن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم دعاه إلى الإسلام في أول مبعثه، ومدة البعثة ثلاث وعشرون سنة، والخلافة بعده ثلاثون سنة، انتهت بموت عليٍّ رضي الله عنه، فإذا ضممت خمسًا إلى ثلاث وخمسين يكون ثمانياً وخمسين.

وقال القتبي: أسلم وهو ابن سبع سنين، وماتَ وهو ابن ستين بهذا الطريق أيضـاً؛ ولأنه مع الصبا أهل للرسالة، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا﴾ [مريم: ١٢]، فعُلم ضرورة

وَالإِقْرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ عَنْ طَوْعٍ دَلِيلٌ عَلَى الاِعْتِقَادِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالحَقَائِقُ لا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عقْبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِنْ أَجَلِّ المَنَافِعِ وَهُوَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ، ثُمَّ يُبْتَنَى عَلَيْهِ غَيْرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوْبِهِ، وَلَهُمْ فِي الرِّدَّةِ أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ، بِخِلَافِ الإِسْلَامِ عَلَى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعْلَى المَنَافِعِ

أنه أهل للإسلام، ثم بعد وجود الشيء حقيقةً إما أن يسقط اعتباره بحجر شرعي، ولا يظن ذلك هاهنا؛ إذ الحجر عن الإسلام كفرٌ، ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه، ولا تصور لذلك في الإسلام، فإنه سبب للفوز والسعادة الأبدية، فيكون محض منفعة في الدنيا والآخرة.

فإن قيل: لو صحَّ إسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضاً؛ لاستحالة القول بكونه متنفلًا في الإسلام، ومن ضرورة كونه فرضًا أن يكون مخاطباً به، وهو غير مخاطب بالاتفاق، وإذا لم يمكن تصحيحه فرضًا لم يصح، بخلاف سائر العبادات، فإنه يتردَّد بين الفرض والنفل، وبخلاف ما إذا جعل مسلماً تبعاً لغيره؛ لأن صفة الفرضية في الأصل مغنية عن اعتباره في التبع؛ ولأنه لو لم يصف الإسلام بعدما عقل لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته، ولو صار عقله معتبَرًا في الدين لوقعت الفرقة إذا لم يحسن أن يصف كما بعد البلوغ.

قلنا: إنَّما لم يكن مخاطباً بالأداء لدفع الحرج عنه إذا امتنع، وهذا يدلُّ على أنه يحكم بصحته إذا أدي باعتبار أن عند الأداء يجعل الخطاب كالسابق للتحصيل المقصود، كالمسافر لا يخاطب بأداء الجمعة، وإذا أدَّى يقع ذلك منه فرضًا بهذا الطريق؛ وهذا لأن عدم توجه الخطاب بالإسلام لدفع الضرر، ولا ضررَ عليه إذا أدرج الخطاب بهذا الطريق، بل تتوفر عليه المنفعة مع أنه يحكم بإسلامه لوجود حقيقته، من غير أن يتعرض لصفته، وإنما لا تبين زوجته منه إذا لم يحسن أن يصف بعدما عقل لبقاء معنى التبعية، ولتوفير معنى المنفعة عليه.

و أمَّا قوله: أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا، قلنا: إنما جعل تبعاً لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار معرفته بنفسه بطريق الأصالة مع إبقاء التبعية معنى توفير المنفعة؛ لأنه ينفتح عليه باب تحصيل هذه المنفعة بطريقين، فكان ذلك أنفع له، وإنَّما يمتنع الجمع بين معنى

عَلَى مَا مَرَّ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ فِيهَا أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ حَقِيقَةً، وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الإِسْلَامِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ

التبعية والأصالة إذا كان بينهما مضادة، فأمَّا إذا تأيَّد أحدهما بالآخر فذلك مستقيمٌ، كالمرأة إذا سافرت مع زوجها ونوت السفر، فهي مسافرة بنيتها مقصودة، وتبعـًا لزوجها أيضًا؛ هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقِيقَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الإِسْلَامِ، فإن قلتَ: هذا قياس عند عدم شرط صحة القياس، فلا يصح؛ وذلك لأن الردة ليست نظيرة الإسلام، وهو ظاهر؛ لأن الإسلام منفعة محضة، والردة مضرة محضة، ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرة محضة، وإن كان بعد وجود حقيقته، ألا ترى أن قبول الهبة منه صحيح؛ لأنه منفعة محضة، وردها باطل؛ لأنه مضرة، فكيف يقاس الردة على الإسلام؟

قلتُ: نحكم بصحة ردته استحسانًا لعلتها لا لحكمها، فإن من ضرورة اعتبار منفعة الإسلام والحكم بصحته اعتبار ردَّته بناءً عليه، وهذا منَّا اعتبارٌ للشيء بعد وجود حقيقته، فبعد ذلك لا يعتبر أنه منفعة للصبي أو مضرة؛ وهذا لأن الردة منه جهل بخالقه، وجهله في سائر الأشياء معتبر حتى لا يجعل عارفًا، فإذا علم جهله به فكذلك جهله بربه؛ فبهذا يعلم أن قياس الردة بالإسلام صحيح من حيث أن في كل منهما اعتبارًا للشيء بعد وجود حقيقته، وبعذر الصبا لا يجعل ما وجد منه حقيقة أنه غير موجود، ألا ترى أن الصبي إذا صام ثم أكل عمدًا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الأكل، ولا يعذر بعذر الصبا؛ ولأن من ضرورة كونه أهلًا للعقد أهلًا لرفعه، كما أنه لمَّا كان أهلًا لعقد الإحرام والصلاة كان أهلًا للخروج منه، وإنَّما لم يصح منه رد الهبة؛ لما فيه من نقل الملك إلى غيره، ألا ترى أن ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية إذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب، وضرر ردِّ الهبة لا يلحقه من جهة أبيه، فيجبُ أن لا يلحقه أيضـًا من جهة نفسه أيضًا، فبهذا يتضح الفرق بينهما.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ ... وَلَا يُقْتَلُ، هذا جوابُ الاستحسان، وفي القياس يقتل لارتداده بعد إسلامه.

لَهُ، وَلا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصِّبْيَانِ مَرْحَمَةً عَلَيْهِمْ، وَهَذَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ، وَمَنْ لَا يَعْقِلُ مِنَ الصِّبْيَانِ لا يَصِحُّ ارْتِدَادُهُ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ

وجنس هذه المسألة في أربعة مواضع:

أحدها: في الذي أسلم تبعـًا لأبويه إذا بلغ مرتدًّا، ففي القياس يقتل لما ذكرنا، وفي الاستحسان لا يقتل؛ لأنه ما كان مسلمًا مقصودًا بنفسه، وإنما يثبت له حكم الإسلام تبعًا لغيره، فيصير ذلك شبهةً في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتدًّا.

والثاني: إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدًّا فهو على هذا القياس والاستحسان؛ لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر.

والثالث: إذا ارتدَّ في صغره.

والرابع: المكره على الإسلام إذا أرتد، فإنه لا يقتل استحسانًا؛ لأنا حكمنا بإسلامه باعتبار الظاهر، وهو أن الإسلام ممَّا يجب اعتقاده، ولكن قيام السيف على رأسه دليل على أنه غير معتقد، فيصير ذلك شبهة في إسقاط القتل عنه، وفي جميع ذلك يجبر على الإسلام، ولو قتله قاتلٌ قبل أن يسلم لا يلزمه شيءٌ، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَلا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنِ الصِّبْيَانِ مَرْحَمَةً عَلَيْهِمْ، وفي هذا التعليل نوع نظر؛ وذلك لأنه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد باعتبار الرحمة لصباه، والله تعالى أرحم الراحمين، وهو تعالى لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدًا كسائر الكفار، وذلك منصوصٌ عليه في «الأسرار»، و«الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، ومشار إليه في «المبسوط».

أمَّا في «الأسرار» فقال في هذه المسألة: وأمَّا حكم سعادة الآخرة فممَّا لا يتصور بلا إيمان حقيقةً، وقد زال الإيمان بالردة حقيقةً.

وأمَّا رواية التمرتاشي: وإذا كمل عقل الصغير والصغيرة وتمكن ثم ماتَ قبل أن يَسْتَبْدل فيعرف ربه يعاقب يوم القيامة؛ لأنه كلف المعرفة ومات مفرطـًا، فقد استحق النار

لَا يَدُلُّ عَلَى تَغَيُّرِ العَقِيدَةِ، وَكَذَا المَجْنُونُ وَالسَّكْرَانُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ.

أبدًا؛ وأحالَ هذه الرواية إلى «التبصرة»[1]، وصرَّح فيها بالتأبيد في النار لمن كفر من الصغير والصغيرة من غير ارتداد، فأَوْلَى أن يخلد في النار المرتد منهما؛ لأن كفر المرتد أغلظ.

وقال في «المبسوط»: ولكنه لا يقتل استحساناً؛ لأن القتل عقوبةٌ، وهو ليس من أهل أن تلزمه العقوبة في الدنيا بمباشرة سببها، فتخصيصه بالدنيا إشارة إلى أنه من أهل العقوبة في الآخرة، فأَوْلَى ما يُعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرنا من تعليل «المبسوط»، وهو قوله: إنَّما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): أي: التبصرة لأبي المعين النسفي في علم الكلام، أقول: يريد به كتاب (تبصرة الأدلة) في أصول الدين للإمام النسفي، وهو مطبوع متداول.

(بَابُ الْبُغَاةِ)

(وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعَوْدِ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ)؛ لِأَنَّ عَلِيًّا فَعَلَ كَذَلِكَ بِأَهْلِ حَرُورَاءَ قَبْلَ قِتَالِهِمْ،

باب البغـاة

أخَّر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده.

فالبغاة: جمع الباغي كالقضاة والغزاة في جمع القاضي والغازي، وهذا قياس مطرد في جمع اسم الفاعل من المعتل اللام.

ذكر في «الصحاح»: يقال: تغلب على بلد كذا، استولى عليه قهرًا.

قوله: وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعَوْدِ إِلَى الْجَمَاعَةِ، ولكن هذا ليس بأمرٍ واجب، فإن أهل العدل إذا لم يفعلوا ذلك بل قاتلوهم فلا شيء عليهم؛ لأنهم قد علموا ما يقاتلون عليه، فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز به قتال أهل الحرب، كالرمي بالنبل والمنجنيق، وإرسال الماء والنار عليهم، والبيات بالليل؛ لأن قتالهم فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَعَلَ كَذَلِكَ، فإنه أنفذَ ابن عباس رضي الله عنهما، فدعا أهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم، فلذلك كان الأحسن أن يقدِّم ذلك على القتال؛ لأن الكيَّ آخر الدواء، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وَلِأَنَّهُ أَهْوَنُ الأَمْرَيْنِ، وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِهِ فَيُبْدَأُ بِهِ.

(وَلا يَبْدَأُ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبْدَءُوهُ، فَإِنْ بَدَءُوهُ قَاتَلَهُمْ حَتَّى يُفَرِّقَ جَمْعَهُمْ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَذَكَرَ الإِمَامُ المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ عِنْدَنَا يَجُوزُ أَنْ يَبْدَأَ بِقِتَالِهِمْ إِذَا تَعَسْكَرُوا وَاجْتَمَعُوا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ حَتَّى يَبْدَءُوا بِالقِتَالِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ قَتْلُ المُسْلِمِ إِلَّا دَفْعًا وَهُمْ مُسْلِمُونَ، بِخِلَافِ الكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الكُفْرِ مُبِيحٌ عِنْدَهُ، وَلَنَا أَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الاِجْتِمَاعُ وَالاِمْتِنَاعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْتَظَرَ الإِمَامُ حَقِيقَةَ قِتَالِهِمْ رُبَّمَا لا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ دَفْعِ شَرِّهِمْ، وَإِذَا بَلَغَهُ أَنَّهُمْ يَشْتَرُونَ السِّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلْقِتَالِ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُمْ وَيَحْبِسَهُمْ حَتَّى يُقْلِعُوا عَنْ ذَلِكَ وَيُحْدِثُوا تَوْبَةً دَفْعًا لِلشَّرِّ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قيل في سبب خروجهم: أن عليًّا رضي الله عنه لمَّا حكَّم أبا موسى الأشعري بينه وبين معاوية رضي الله عنهما، خرجت طائفة من المسلمين على عليٍّ رضي الله عنه وقالوا: القتال واجب بالنص، وعليٌّ رضي الله عنه ترك القتال بالتحكيم، فأرسل عليٌّ عبد الله بن عباس رضي الله عنهم ليكشف شبهتهم، فلمَّا ذكروا شبهتهم قال ابن عباس: هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض الحمام، وفيه التحكيم بقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥]، فكان تحكيم عليٍّ رضي الله عنه موافقًا للنص، فألزمهم الحجة عليهم، فتابَ البعض وأصرَّ قوم على ذلك.

قوله: حَرُورَاءَ، بفتح الحاء المهملة يمد ويقصر، قرية بالكوفة كان بها أوَّل تحكيم الخوارج واجتماعهم، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ، وهو خواهر زاده القاضي الإمام أبي ثابت رحمهما الله.

وَالمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مِنْ لُزُومِ البَيْتِ مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الإِمَامِ الحَقِّ فَمِنَ الوَاجِبِ عِنْدَ الغَنَاءِ وَالقُدْرَةِ.

(فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِئَةٌ أُجْهِزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَأُتْبِعَ مُوَلِّيهِمْ) دَفْعًا لِشَرِّهِمْ كَيْ لا يَلْحَقُوا بِهِمْ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِئَةٌ لَمْ يُجْهَزْ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يُتْبَعْ مُوَلِّيهِمْ) لِانْدِفَاعِ الشَّرِّ دُونَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الحَالَيْنِ؛ لِأَنَّ القِتَالَ إِذَا تَرَكُوهُ لَمْ يَبْقَ قَتْلُهُمْ دَفْعًا، وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ المُعْتَبَرَ دَلِيلُهُ لا حَقِيقَتُهُ.

(وَلا يُسْبَى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ وَلا يُقَسَّمُ لَهُمْ مَالٌ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَوْمَ الجَمَلِ:

قوله: وَالمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، هو ما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة، ويقعد في بيته لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من فرَّ من الفتنة أعتق الله رقبته من النار»، وقال لواحدٍ من الصحابة في الفتنة: «كن حلساً من أحلاس بيتك، فإن دخل عليك فكن عبد الله المقتول أو عند الله»، معناه: كن ساكنًا في بيتك لا قاصدًا، فإن كان المسلمون مجتمعين على إمام، وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذٍ يجب على كل من يقوي على القتال أن يقاتل مع إمام المسلمين الخارجينَ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي﴾ [الحجرات: ٩]، والأمر حقيقة للوجوب؛ ولأن الخارجين قصدوا أذى المسلمين، وإماطة الأذى من أبواب الدين، وخروجهم معصية، ففي القيام بقتالهم نهي عن المنكر وإنه فرض، كذا في «المبسوط».

قوله: الغَنَاءِ، بالفتح والمد: الإجزاء والكفاية، وقد ذكرناه.

يقول: أجهزت على الجريح، إذا أسرعت قتله، وقد تممت عليه، كذا في «الصحاح».

قوله: أُجْهِزَ ... وَأُتْبِعَ، كلاهما على بناء المفعول، وكذلك لَمْ يُجْهَزْ، وَلَمْ يُتْبَعْ.

قوله: يَوْمَ الجَمَلِ، وقعة عائشة رضي الله عنها بالبصرة مع علي رضي الله عنه سميت

وَلا يُقْتَلُ أَسِيرٌ وَلا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَلا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَهُوَ القُدْوَةُ فِي هَذَا البَابِ، وَقَوْلُهُ فِي الأَسِيرِ تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِئَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ يَقْتُلُ الإِمَامُ الأَسِيرَ، وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ وَالإِسْلَامُ يَعْصِمُ النَّفْسَ وَالمَالَ (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِمْ إِنِ احْتَاجَ المُسْلِمُونَ إِلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ، وَالكُرَاعُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، لَهُ أَنَّهُ مَالُ مُسْلِمٍ فَلَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَسَّمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِهِ بِالبَصْرَةِ وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لا لِلتَّمْلِيكِ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مَالِ العَادِلِ عِنْدَ الحَاجَةِ، فَفِي مَالِ البَاغِي أَوْلَى وَالمَعْنَى فِيهِ الحَاقُ الضَّرَرِ الأَدْنَى لِدَفْعِ الأَعْلَى.

(وَيَحْبِسُ الإِمَامُ أَمْوَالَهُمْ فَلا يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ وَلا يُقَسِّمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدَّهَا عَلَيْهِمْ) أَمَّا عَدَمُ القِسْمَةِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الحَبْسُ فَلِدَفْعِ شَرِّهِمْ بِكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَلِهَذَا

بذلك؛ لأنَّها كانت على جمل اسمه عسكر، كذا في «المغرب».

قوله: وَلا يُقْتَلُ أَسِيرٌ، هو متصل بقوله: لِقَوْلِ عَلِيٍّ، فإن هذا مقول علي رضي الله عنه.

قوله: وَلا يُكْشَفُ سِتْرٌ، أي: لا تسبي نساءهم، ألا ترى أن أصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال: «إذا قسمت فلمن تكون عائشة رضي الله عنها»، ففي هذا رد لقسمة النساء.

قوله: القُدْوَةُ، اسم للاقتداء كالأسوة اسم للاتساء، ثم يقال: فلان قدوة، أي: يقتدى به.

قوله: وَقَوْلُهُ فِي الأَسِيرِ، أي: قول علي رضي الله عنه في عدم قتل الأسير بقوله: وَلا يُقْتَلُ أَسِيرٌ، إنَّما كان فيما إذا لم يكن لأهل البغي جماعة كثيرة، وأمَّا إذا تجمعوا يقتل الأسير منهم.

قوله: وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: وَيَحْبِسَهُمْ، إلى قوله: دَفْعًا لِلشَّرِّ.

قوله: أَمَّا عَدَمُ القِسْمَةِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قول عليٍّ رضي الله عنه: وَلا يُؤْخَذُ مَالٌ،

يَحْبِسُهَا عَنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ لا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الكُرَاعَ؛ لِأَنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أَنظَرُ وَأَيْسَرُ، وَأَمَّا الرَّدُّ بَعْدَ التَّوْبَةِ فَلِانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَلا اسْتِغْنَامَ فِيهَا.

قَالَ: (وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ البَغْيِ مِنَ البِلَادِ الَّتِي غَلَبُوا عَلَيْهَا مِنَ الخَرَاجِ وَالعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ الإِمَامُ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الأَخْذِ لَهُ بِاعْتِبَارِ الحِمَايَةِ وَلَمْ يَحْمِهِمْ (فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أُخِذَ مِنْهُ) لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ فَعَلَى أَهْلِهِ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى أَنْ يُعِيدُوا ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ، قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الإِعَادَةُ عَلَيْهِمْ فِي الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُمْ مُقَاتِلَةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَفِي العُشْرِ إِنْ كَانُوا فُقَرَاءَ، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الفُقَرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ، وَفِي المُسْتَقْبَلِ يَأْخُذُهُ الإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِيهِمْ فِيهِ؛ لِظُهُورِ وِلَايَتِهِ (وَمَنْ قَتَلَ رَجُلًا وَهُمَا مِنْ عَسْكَرِ أَهْلِ البَغْيِ ثُمَّ ظُهِرَ عَلَيْهِمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لِإِمَامِ العَدْلِ حِينَ القَتْلِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا كَالقَتْلِ فِي دَارِ الحَرْبِ (وَإِنْ غَلَبُوا عَلَى مِصْرٍ فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ المِصْرِ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ المِصْرِ عَمْدًا ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى المِصْرِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَجْرِ عَلَى أَهْلِهِ أَحْكَامُهُمْ وَأُزْعِجُوا قَبْلَ ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ

وقوله: وَلِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ فَعَلَى أَهْلِهِ، أي: فعلى أهل الحق، وهم الذين وجب عليهم الحق.

قوله: لِأَنَّهُ يَحْمِيهِمْ فِيهِ، أي: في المستقبل من الزمان.

قوله: وَأُزْعِجُوا، أي: أقلع أهل البغي من المصر قبل أن تجري أحكامهم.

لَمْ تَنْقَطِعْ وِلَايَةُ الإِمَامِ فَيَجِبُ القِصَاصُ.

(وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ العَدْلِ بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ البَاغِي وَقَالَ قَدْ كُنْتُ عَلَى حَقٍّ وَأَنَا الآنَ عَلَى حَقٍّ وَرِثَهُ، وَإِنْ قَالَ قَتَلْتُهُ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنِّي عَلَى البَاطِلِ لَمْ يَرِثْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَرِثُ البَاغِي فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَأَصْلُهُ أَنَّ العَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ نَفْسَ البَاغِي أَوْ مَالَهُ لا يَضْمَنُ وَلا يَأْثَمُ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقِتَالِهِمْ دَفْعًا لِشَرِّهِمْ، وَالبَاغِي إِذَا قَتَلَ

وفي «المبسوط»: وإذا تابَ أهل البغي ودخلوا مع أهل العدل لم يؤخذوا بشيءٍ ممَّا أصابوا بحال، يعني: بضمان ما أتلفوا من النفوس والأموال، ومراده بذلك إذا أصابوا بعدما تجمعوا وصاروا أهل منعة، فأمَّا ما أصابوا قبل ذلك فهم ضامنون لذلك؛ لأنا أمرنا في حقِّهم بالمحاجة والإلزام بالدليل، فلا يعتبر تأويلهم الباطل في إسقاط الضمان قبل أن يصيروا أهل منعة، فأمَّا بعدما صارت لهم منعة فقد انقطع ولاية الإلزام بالدليل حسًّا، فيعتبر تأويلهم وإن كان باطلًا في إسقاط الضمان عنهم، كتأويل أهل الحرب بعد ما أسلموا، والأصل فيه حديث الزهري رحمه الله قال: «وقع الفتنة وأصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم كانوا متوافرين، فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مالٍ أتلف بتأويل القران فهو موضوع».

قوله: لا يَرِثُ ... فِي الوَجْهَيْنِ، أي: في الوجه الذي قال: أنا على الحق، وفي الوجه الثاني قال: أنا على الباطل؛ لأنه قتل بغير حق، فيحرم الميراث اعتبارًا بالخاطىء، وأن الحق بالتاويل الصحيح في حق دفع الضمان بقول الصحابة لا يجب إلحاقه بالصحيح في حق استحقاق الميراث، وكم من شيء يكفي للدفع ولا يكفي للاستحقاق.

وهما يقولان أن تأويله معتبر لدفع الجرمان الذي ثبت جزاءً على الفعل، ثم استحقاق الميراث يكون بالقرابة، ولكن إنَّما يرث إذا كان مصرًّا على تأويله الفاسد، فإن ذلك التأويل عنده صحيح بخلاف الخاطىء، فإن هناك تلزمه الكفارة والدية، والباغي لا تلزمه كفارة

العَادِلَ لا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَنَا وَيَأْثَمُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي القَدِيمِ: إِنَّهُ يَجِبُ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا تَابَ المُرْتَدُّ، وَقَدْ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالًا، لَهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا أَوْ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعْتِبَارًا بِمَا قَبْلَ المَنَعَةِ، وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، وَلِأَنَّهُ أَتْلَفَ عَنْ تَأْوِيلٍ فَاسِدٍ، وَالفَاسِدُ مِنْهُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ إِذَا ضُمَّتْ إِلَيْهِ المَنَعَةُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ كَمَا فِي مَنَعَةِ أَهْلِ الحَرْبِ وَتَأْوِيلِهِمْ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الأَحْكَامَ لا بُدَّ فِيهَا مِنَ الإِلْزَامِ أَوِ الِالتِزَامِ، وَلا التِزَامَ لِاعْتِقَادِ الإِبَاحَةِ عَنْ تَأْوِيلٍ، وَلا إِلزَامَ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ لِوُجُودِ المَنَعَةِ، وَالوِلَايَةُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ المَنَعَةِ وَعِنْدَ عَدَمِ التَّأْوِيلِ ثَبَتَ الِالتِزَامُ اعْتِقَادًا، بِخِلَافِ الإِثْمِ؛ لِأَنَّهُ لا مَنَعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: قَتْلُ العَادِلِ البَاغِيَ قَتْلٌ بِحَقٍّ فَلَا يَمْنَعُ الإِرْثَ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي قَتْلِ البَاغِي العَادِلَ أَنَّ التَّأْوِيلَ الفَاسِدَ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفْعِ وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى اسْتِحْقَاقِ الإِرْثِ فَلَا يَكُونُ التَّأْوِيلُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الإِرْثِ، وَلَهُمَا فِيهِ أَنَّ الحَاجَةَ إِلَى دَفْعِ الحِرْمَانِ أَيْضًا، إِذِ القَرَابَةُ سَبَبُ الإِرْثِ

ولا دية، فعُلِم بهذا أنه ألحق بالصحيح كما إذا قتل العادلُ الباغيَ.

وحاصله أن أصحابنا أجمعوا على أن العادل إذا أتلف مال الباغي، أو الباغي إذا أتلف مال العادل لا يضمن، وقال الشافعي: يضمن الباغي، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام ظهير الدين رحمهما الله.

قوله: وَلَا التِزَامَ لِاعْتِقَادِهِ الإِبَاحَةِ، أي: الباغي اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب.

قوله: وَلَهُمَا فِيهِ، أي: في قتل الباغي.

فَيُعْتَبَرُ الفَاسِدُ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ بَقَاءَهُ عَلَى دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَالَ: كُنْتُ عَلَى البَاطِلِ لَمْ يُوجَدِ الدَّافِعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِمْ)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعْصِيَةِ (وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالكُوفَةِ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ وَمَنْ لَمْ يَعْرِفْهُ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ بَأْسٌ)؛ لِأَنَّ الغَلَبَةَ فِي الأَمْصَارِ لِأَهْلِ الصَّلَاحِ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ بَيْعُ نَفْسِ السِّلَاحِ لا بَيْعُ مَا لا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ بَيْعُ المَعَازِفِ وَلا يُكْرَهُ بَيْعُ الخَشَبِ، وَعَلَى هَذَا الخَمْرُ مَعَ العِنَبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَيُعْتَبَرُ الفَاسِدُ فِيهِ، أي: في دفع الحرمان.

قوله: لَمْ يُوجَدِ الدَّافِعُ، أي: التأويل الدافع للضمان.

قوله: وَلَيْسَ بِبَيْعِهِ بِالكُوفَةِ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ، إلى أن قال: بَأْسٌ، والحكم في غير الكوفة أيضـًا كذلك، إلا أن تقيد الكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولًا.

قوله: لا بَيْعُ مَا لا يُقَاتَلُ بِهِ إِلَّا بِصَنْعَةٍ، كالحديد؛ لأنه إنما يصير سلاحـًا بفعل غيره، فلا يُنسب إليه.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخَمْرُ مَعَ العِنَبِ، أي: لا يجوز بيع الخمر، ويجوز بيع العنب.

ثم الفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين مسألتنا هذه، وهي كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة، وعدم كراهة بيع العصير ممَّن يتخذه خمرًا، أن المعصية هناك لم تقع بعين العصير، وهاهنا تقع بعين السلاح، وقيل: الفرق الصحيح بينهما أن الضرر هنا يرجع إلى العامة، وهناك يرجع إلى الخاصة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

كتـابُ اللَّقيط

ذكر اللقيط واللقطة بعد ذكر الجهاد؛ لأن الأنفس والأموال على عرضية الفوات في الجهاد، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم﴾ [التوبة: ١١١]، فكذلك في اللقيط واللقطة، إلا أن ذكر النفس مقدَّم، فلذلك قدم اللقيط على اللقطة، كما قدم في الآية.

أو لأن التقاط اللقيط واجب عند خوف الضياع كوجوب الجهاد، فكان في إقدام كل واحدٍ من الفعلين، أعني: الجهاد والالتقاط، منع لجنس بني آدم عن الهلاك؛ إذ في الكفر هلاك أيّ هلاك، والجهاد يمحو ذلك الهلاك؛ أو لأن كل واحد منهما فرض من فروض الكفاية.

ذكر في «التحفة»: أن اللقيط يساوي الصبي الذي ليس بلقيط في عامَّة الأحكام، وله أحكام أخر على الخصوص:

منها: أن التقاطه واجب على من وجده؛ لأن في تركه ضياعه، فتجب عليه صيانته.

ومنها: أنه إذا التقطه فإن شاء تبَرَّع بتربيته والإنفاق عليه، وإن شاء رفع الأمر إلى السُّلطان ليأمر بتربيته أحدًا بمال بيت المال وأحكام أخر.

وذكر في «المبسوط»: اللقيط لغةً: اسم لشيءٍ منبوذٍ، فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح.

وفي الشريعة: اسم لحيٍّ مولود طرحه أهله خوفـًا من العيلة، أو فرارًا من تهمة الزنية، مضيِّعه آثمٌ، ومحرزُه غانمٌ؛ لما في إحرازه من إحياء النفس، فإنه على شرف الهلاك، فإحياء

اللَّقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَآلِهِ لِمَا أَنَّهُ يُلْقَطُ، وَالِالْتِقَاطُ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إحْيَائِهِ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ضَيَاعُهُ فَوَاجِبٌ.

قَالَ: (اللَّقِيطُ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إنَّمَا هُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الْأَحْرَارِ؛ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَلِأَنَّهُ مُسْلِمٌ عَاجِزٌ عَنِ التَّكَسُّبِ، وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ فَأَشْبَهَ الْمُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلِهَذَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ فِيهِ،

الحيِّ بدفع سبب الهلاك عنه، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]، ولهذا كان رفعه أفضل من تركه؛ لما في تركه من ترك الرحم على الصغار، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منّا»، وفي رفعه إظهار الشفقة على الأطفال، وهو أفضل الأعمال بعد الإيمان بالله تعالى على ما قيل: «أفضل الأعمال بعد الإيمان بالله تعالى التعظيم لأمر الله، والشفقة على خلق الله».

قوله: اللَّقِيطُ حُرٌّ، أي: في جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحد، وقاذف أمه لا يحد، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إنَّمَا هُوَ الْحُرِّيَّةُ، لأنَّهم من آدم وحواء، فكانوا أحرارًا لحريتهما، إلا أن الرق يعارض الكفر على ما ذكرنا، والأصل عدم العارض.

قوله: هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ، رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: «اللقيط حرٌّ وعقله وولاؤه للمسلمين»، وعن عُمر رضي الله عنه مثله.

قوله: وَالْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ، أي: له غنمه وعليه غرمه، أي: غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد؛ لأنه قبل الرد في ضمانه، يقال: خارجَ غلامه، إذا اتفقا على ضربة يُؤدِّيها إليه في وقت معلوم.

قوله: فِيهِ، أي: في بيت المال.

يقال: برع الرجل، وبرُع بالضم إذا فضل عن أقرانه، ومنه يقال للمتفضِّل: المتبرِّع.

وَالمُلْتَقِطُ مُتبَرِّعٌ فِي الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ القَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الوِلَايَةِ.

قَالَ: (فَإِنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الحِفْظِ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ (فَإِنِ ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ المُلْتَقِطُ نَسَبَهُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ المُلْتَقِطِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ،

قوله: إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ القَاضِي بِهِ، وقد قال بعض أصحابنا: مجرَّد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي، ولا يشترط أن يقول: على أن يكون لك دينًا عليه؛ لأن أمر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه إن لو كان من أهله، ولو أمر غيره بالإنفاق عليه كان ما ينفق دينـًا عليه، فكذلك إذا أمر القاضي به، والأصح ما ذكره في الكتاب، وهو أن يأمره على أن يكون دينًا عليه؛ لأن مطلقه محتمل، قد يكون للحث والترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع، وإنَّما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون دينـًا عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ المُلْتَقِطُ نَسَبَهُ، أمَّا إذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أوْلَى؛ لأنَّهما استويا في الدعوى، ولأحدهما يدٌ فكان صاحب اليد أوْلَى، وكذلك لو كان صاحب اليد وهو الملتقط إذا كان من أهل الذمة، فهو أوْلَى به من الخارج، حتى أن صبيًّا لو كان في يد ذمي يدَّعي أنه ابنه، وأقامَ الذي في يديه بينة من المسلمين أنه ابنه، قضى للذمي وترجح الذمي على المسلم بحكم يده.

وأمَّا إذا كان المدعى للصبي خارجين أحدهما مسلم والآخر ذميٌّ، وأقام كل واحدٍ منهما بينة من المسلمين قضى للمسلم، فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أولًا باليد، كذا في «الإيضاح»، و«الذخيرة».

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ، إلى آخره، فكان دعواه كدعوى

ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إِبْطَالِ يَدِ الْمُلْتَقِطِ، وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ وَقَدْ عُرِفَ فِي الأَصْلِ.

الملتقط نسبه، ثم يترجح هو على الملتقط في الحفظ حكماً لثبوت نسبه منه، ومثل هذا يجوز أن يثبت حكماً وإن يثبت قصدًا، كما أن النسب والميراث يثبت بشهادة القابلة على الولادة حكماً، وإن كان لا يثبت المال بشهادتها قصدًا.

قوله: ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ، أي: في حق النسب.

قوله: وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب له أن يكون هو أحق بحفظ ولده من الأجنبي.

قوله: وَلَوِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ، أي: ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال: هو ابني بعد ما قال: إنه لقيط.

قوله: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ، أي: على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان، يعني: في القياس لا يصح، وفي الاستحسان يصح، كما في دعوى غير الملتقط، لكن وجه القياس هاهنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط، فوجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن إبطال حق الملتقط، فلذلك لم تصح دعواه، ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه؛ لأنه لمَّا زعم أنه لقيط كان نافيًا نسبه؛ لأن ابنه لا يكون لقيطًا في يده، ثم ادعى أنه ابنه فكان مناقضًا؛ ولأن هذا إقرار على اللقيط فإنه يلزمه أحكام النسبة، والإقرار على الغير لا يصح.

وفي الاستحسان تصح دعواه؛ لأن هذا إقرار على نفسه من وجه من حيث أنه يلزمه نفقته، ويجب عليه أن يحفظه، فهو في هذا الإقرار يكتسب له ما ينفعه، وبالالتقاط تثبت له هذه الولاية.

وما قال: أنه متناقض، قلنا: نعم، ولكن فيما طريقه طريق الخفاء، فقد يشتبه على الناس

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ العَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فَهُوَ ابْنُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ، وَلَوْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَانٍ لا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ أَقْوَى.

حال ولده الصغير، ويظن أنه لقيطٌ ثم يتبيَّن بعد ذلك أنه ولده، والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه.

فإذا ماتَ اللقيط وترك ميراثًا أو لم يترك، وادعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته، فعلى هذا جواب الاستحسان فرق بين حالة الحياة وبين حالة الموت؛ لأن في حالة الحياة إنَّما صحت دعوته لأنه أقرَّ بما ينفع اللقيط من كل وجه وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، بقي كلامه في دعوى الميراث فلا يصدق فيه إلا بحجة، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ، أي: يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط إلى الذي وصف علامة في جسده وأصابَ في وصفه؛ لأن ذلك الواصف أوْلَى بذلك اللقيط.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين اللقطة، فإن في اللقطة إذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدها وأصاب ولم يصف الآخر، فإنه لا يقضى لصاحب الوصف، بل إذا تفرَّد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يلزم، وهاهنا يلزم.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن إصابة الوصف أمر محتمل يحتمل أنه إنَّما أصاب؛ لأنه له، ويحتمل أنه إنَّما أصاب لأنه رأى في يد غيره، والمحتمل لا يصلح سبب الاستحقاق على الغير، أما يصلح ترجيحـًا لما هو سبب الاستحقاق، كاليد في دعوى النتاج، إذا ثبتَ هذا فنقول: في فصل اللقيط قد وجدنا سبب الاستحقاق وهو الدعوة؛ لأن الدعوة سبب الاستحقاق في حق اللقيط، ألا ترى أنه لو تفرَّد بدعوى اللقيط قضى له به، كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق، وأمَّا في اللقطة فالدعوى ليست بسبب للاستحقاق

(وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِّنْ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِّنْ قُرَاهُمْ فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِمًا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَضَمَّنَ النَّسَبَ وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَإِبْطَالُ الإِسْلَامِ الثَّابِتِ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فِي بِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهَذَا الجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَ الوَاجِدُ مُسْلِمًا فِي هَذَا المَكَانِ أَوْ ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ المُسْلِمِينَ اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ

حتى يترجح بالوصف، ولو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق، والوصف لا يصلح سبباً للاستحقاق فافترقا، كذا في «الذخيرة».

ولأن العلامة ممَّا يرجع إليه عند الاشتباه كما في قصَّة يوسف عليه السَّلام في قوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٢٦﴾ [يوسف: ٢٦]، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يلحقها التنكير.

وذكر في «الإيضاح»: قال أبو الحسن رحمه الله: إن وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح؛ لأنه ليس الرجوع إلى الموافقة أوْلَى من المخالفة.

قوله: وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِّنْ أَمْصَارِ المُسْلِمِينَ، والمسألة في الحاصل على أربعة أوجه:

أحدها: أن يجده مسلماً في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه، فيكون محكوماً له بالإسلام.

والثاني: أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة، فيكون محكومًا به بالكفر لا يصلى عليه إذا ماتَ.

والثالث: أن يجده كافر في مكان المسلمين.

والرابع: أن يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين: اختلفت الرواية، ففي كتاب اللقيط يقول: العبرة للمكان في الفصلين جميعًا، وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: العبرة للواجد في الفصلين جميعًا، كذا في «المبسوط».

اللَّقِيطِ أُعْتُبِرَ المَكَانُ لِسَبْقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعْوَى فِي بَعْضِ النُّسَخِ أُعْتُبِرَ الوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لِقُوَّةِ اليَدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ تَبَعِيَّةَ الأَبَوَيْنِ فَوْقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعْتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ أُعْتُبِرَ الإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

(وَمَنِ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ

قوله: فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: نسخ دعوى «المبسوط».

قوله: وَمَنِ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ، وهذا اللفظ المطلق يجب أن يقيّد بقيدين، أي: ادعى المسلم الحر أو العبد، لكن لم يضف ولادة اللقيط إلى امرأته التي هي الأمة، أمَّا قيد المسلم فإنه إذا كان المدعي ذميًا ففي قبول بينته تفصيل: إن كان شهوده مسلمين يقبل ببينة، ويجعل اللقيط حرًّا مسلمًا، وإن كانوا كافرين لا يقبل، ولهذا كان لفظ «المبسوط» هكذا حيث قال: وإن ادعى مسلم.

وأمَّا قيد الحر فإنه إذا كان المدعي عبدًا، وأضاف ولادته إلى امرأته الأمة، فإن فيه خلافًا بين أبي يوسف ومحمد، فإنه ذكر في «الذخيرة»: فإذا ادعى اللقيط عبدٌ أنه ابنه من امرأته هذه وهي أمة، يثبت النسب استحسانًا، وكان الولد حرًّا عند محمد، وعبدًا عند أبي يوسف، فمحمد رحمه الله يقول: تحت دعوة العبد شيئان: أحدهما للقيط وهو النسب، والآخر عليه وهو الرق، وأحدهما ينفصل عن الآخر في الجملة، فيعتبر دعواه فيما له، ولا يعتبر دعواه فيما عليه، كما إذا ادَّعاه ذمي وقد وجد في مصر المسلمين.

ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المدعي صُدق في حق ثبوت النسب، فيصدق فيما كان من ضروراته تبعًا، ومن ضرورة ثبوت نسب الولد المولود بين رقيقين أن يكون رقيقًا، فيحكم برقه تبعًا، بخلاف مسألة الذمي؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت النسب من الذمي أن يكون ذميًا، بأن أسلمت امرأته.

قوله: إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، فحينئذٍ يقضى له بأن اللقيط عبده؛ لأنه أثبت دعواه

(فَإِنِ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا)؛ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلِدُ لَهُ الْحُرَّةُ فَلَا تَبْطُلُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذِّمِّيِّ) تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ.

بالحجة، وثبوت حريته كان باعتبار الظاهر، والظاهر لا يعارض البينة.

فإن قيل: كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط؛ لأن الملتقط ليس بوليٍّ فلا يكون خصماً عنه فيما يضره، والبينة إنَّما تقام على خصمٍ منكرٍ.

قلنا: الملتقط خصم له باعتبار يده؛ لأنه يمنعه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه، فلا يتوصل المدعي إلى استحقاق يده عليه إلا بإقامة البينة على رقه، فلهذا كان خصماً عنه.

وإن أقام الذمي البينة من أهل الذمة أنه ابنه لم تجز شهادتهم على المسلمين، ومراده أنه إذا ادَّعى الذمي ابتداءً أنه ابنه، وأقام بينة من أهل الذمة فإن النسب يثبت منه بالدعوة، ولكنه يحكم له بالإسلام، فلا يبطل ذلك بهذه البينة؛ لأن هذه الشهادة في حكم الدين إنَّما تقوم على المسلم، وشهادة أهل الذمة بالكفر على المسلم لا تقبل، وإن كان شهوده مسلمين قضي له به؛ لأنه أثبتَ نسبه منه بما هو حجة على المسلم، فيصير تبعـًا له في الدين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالحُرُّ فِي دَعْوَاهُ اللَّقِيطَ أَوْلَى مِنَ العَبْدِ، وَالمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذِّمِّيِّ، هذا إذا لم تقع المنازعة بين الملتقط والخارج، فإن كانت هناك فلا يترجح بالإسلام، بل باليد، فإن الملتقط إذا كان ذميًّا فهو أوْلَى من المسلم الخارج، وقد ذكرناه، وكذلك إذا كانت بينة الذمي أكثر إثباتًا فهو أوْلَى من المسلم على ما نذكر.

وكذا إذا ادَّعى النصرانِي أنه ابنه، وادعى المسلم أنه عبده فهو ابن النصرانِي، فيرجح دعوى النصرانِي لأن فيه إثبات الحرية، ولا يرجح دعوى المسلم باعتبار الإسلام؛ لأن تحصيل الإسلام في يده، ولا كذلك الحرية، كذا في «فتاوى قاضي خان».

ففي هذه الصور الثلاث لم يرجح دعوى المسلم بالإسلام، فعُلم بهذا أن المذكور في الكتاب غير مجرى على عمومه، فبعد هذا نقول: إن إطلاق إثبات أولوية دعوى الحر على العبد، وإثبات أولوية دعوى المسلم على الكافر في الدعوى المجردة عن إقامة البينة،

(وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ) اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَشْدُودًا عَلَى دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ يَصْرِفُهُ الوَاجِدُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ وَلِلْقَاضِي وِلَايَةُ صَرْفِ مِثْلِهِ إِلَيْهِ، وَقِيلَ يَصْرِفُهُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلَّقِيطِ ظَاهِرًا (وَلَهُ وِلَايَةُ الإِنْفَاقِ وَشِرَاءُ مَا لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ) كَالطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الإِنْفَاقِ (وَلا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ) لِانْعِدَامِ سَبَبِ الوِلَايَةِ مِنَ القَرَابَةِ وَالمِلْكِ وَالسَّلْطَنَةِ.

وفي الدعوى المقرونة بالبينة سواءٌ؛ حتى أن المسلم والذمي لو ادعيا اللقيط فهو ابن المسلم، وكذلك عند إقامة البينة، ولو شهد للمسلم ذميان وللذميِّ مسلمان قضيت للمسلم؛ لأن بينة كل واحدٍ منهما حجة في حق الآخر فاستويا، فكان المسلم أَوْلَى، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «الذخيرة»: هذا إذا استويا في الإثبات، أمَّا إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتًا لا يعتبر الترجيح بالإسلام، حتى أن ذميًّا لو ادعى صبيًّا في يدي رجل أنه ابنه ولد على فراشه، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وأقام عبد بينة أن هذا الصبي ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة، قضي الصبي للذمي، ولم يترجح العبد بحكم الإسلام وإن كان خارجين؛ لأن بينة الذمي أكثر إثباتًا؛ لأنَّها يثبت النسب بجميع أحكامه.

قوله: فَهُوَ لَهُ؛ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتاً للاستحقاق وليس له ذلك.

قلنا: بهذا الظاهر تدفع دعوى الغير، ثم الظاهر أن تكون الأملاك في يد الملاك، وكذا الظاهر يدل على أن من وضعه ومعه المال، إنما وضعه لينفق عليه منه.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ مَشْدُودًا، أي: إذا كان المال مشدودًا على الدابة.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله:** اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وكذا تكون الدابة له، فقال في «المبسوط»: وإذا وجد اللقيط على دابة فالدابة له لسبق يده إليه، فإن المركوب تبع لراكبه، وهو كمالٍ آخرٍ معه.

قَالَ: (وَلا تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ المُلْتَقِطِ) اعْتِبَارًا بِالأُمِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ لِتَثْمِيرِ المَالِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأْيِ الكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الوَافِرَةِ وَالمَوْجُودُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَحَدُهُمَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الهِبَةَ)؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا وَتَمْلِكُهُ الأُمُّ وَوَصِيُّهَا.

قَالَ: (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ وَحِفْظِ حَالِهِ.

قَالَ: (وَيُؤَاجِرُهُ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا رِوَايَةُ القُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا يَجُوزُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الكَرَاهِيَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى تَثْقِيفِهِ، وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لا يَمْلِكُ إِتْلافَ مَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ العَمَّ، بِخِلَافِ الأُمِّ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ فِي الكَرَاهِيَةِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلا تَصَرُّفُهُ، أي: ولا يجوز تصرف الملتقط في مال اللقيط.

قوله: وَالمَوْجُودُ فِي كُلِّ ... مِنْهُمَا أَحَدُهُمَا؛ لأن الملتقط له رأي كامل، ولكن لا شفقة له، وللأم شفقة كاملة ولا رأي لها، بخلاف الأب؛ لأن له كليهما جمعًا.

التثقيف: تقويم المعوج بالثقاف، وهو ما يسوي به الرماح، ويستعار للتأديب والتهذيب.

قوله: بِخِلَافِ الأُمِّ، فإنَّها تملك استخدام ولدها وإجارته، والله تعالى أعلم بالصواب.

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

كتاب اللُّقطة

تناسب اللقيط واللقطة ظاهر، كأنَّهما أخوان لأبٍ وأمٍّ؛ لرجوعهما إلى أصلٍ واحدٍ في اللفظ والمعنى، فإن لفظ اللقيط مع معناه اللغوي وهو الرفع يجمعهما، وليس ببدع أن يتجاوز الأخوان لأب وأم، إلا أن المَنْبُوذ إذا كان من بني آدم خصَّ باللقيط، وإذا كان من غيره خصَّ باللقطة للفرق بينهما.

فإن قلتَ: ما وجه التخصيص بكل واحد منهما بذلك الاسم الذي له، ولِمَ لم يعكس مع حصول الفرق فيه أيضاً؟

قلتُ: الفُعْلة بضم الفاء وفتح العين، نعت المبالغة في الفاعل كالضُّحْكة واللُّعنة، كذا ذكره في «التيسير» في سورة الهمزة.

واللقيط: بمعنى المفعول بدليل تفسيرهم إيَّاه بالمنبوذ من بني آدم، ولمَّا كان كذلك كان تخصيص المال باللقطة الدال على الفاعلية أولى؛ لأنه لزيادة ميل الإنسان إلى رفعها، كأنَّها تأمر كل من رآها بأن يرفعها، وبهذا الأمر كانت هي رافعة نفسَها على الإسناد المجازي، كناقة حلوب، ودابة ركوب، كأنَّها تحلب نفسَها وتركب على نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب.

وأمَّا الطفل المنبوذ الذي هو اللقيط، ففيه ضررٌ حاضرٌ، بخلاف اللقطة فإن فيها نفعاً ظاهرًا؛ لأن في اللقيط الظاهر أن أمه هي التي نبذته قصدًا فرارًا عن موته، أو فرارًا عمَّا يتولد من إمساكه ما تكرهه كتهمة الزنا وغيرها، فكان في طبع الإنسان إباءٌ عن قبوله ورفعه، فسُمِّي

قَالَ: (اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا) لِأَنَّ الأَخْذَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ العُلَمَاءِ وَهُوَ الوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ،

به على طريق التفاؤل ليؤول أمره إليه، كالتسليم والمفازة والقافلة للَّديغ والمهلكة والعير، فصارت التسمية له بهذا الاسم كأنَّها دعاء من الله تعالى أن يرزقه من يرفعه، وقد استجيب دعاؤه تفاؤلًا فيرفع لا محالة.

وذكر في «المبسوط»: وإنما سُمِّي لقيطًا باعتبار مآله وتفاؤلًا لاستصلاح حاله، وهذا المعنى إنما يستقيم بلفظ اللقيط، فلذلك اختص هو به.

قوله: اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ، ذكر في «المغرب»: اللقطة الشيء الذي تجده ملقًى فتأخذه.

وذكر في «المبسوط»: اختلف الناس فيمن وجد لقطة، فالمتقشِّفة يقولون: لا يحل له أن يرفعها؛ لأنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه، وذلك حرام شرعـًا، فكما لا يحل له تناول مال الغير بغير إذنه لا يحل له إثبات اليد عليه بغير إذنه، وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول: يحل له أن يرفعها، والترك أفضل له؛ لأن صاحبها إنَّما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه، فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع.

والمذهب عند عُلمائنا وعامَّة الفقهاء رحمهم الله أنَّ رفعها أفضل من تركها؛ لأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة فتكتمها عن مالكها، وإذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها إلى مالكها؛ ولأنه يلتزم الأمانة في رفعها، والتزام أداء الأمانة تعرض لنيل الثواب؛ لأنه يثاب على أداء ما يلتزمه من الأمانة، فإنه يمتثل فيه الأمر، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وامتثال الأمر سبب لنيل الثواب.

وذكر في «الذخيرة»: إن اللقطة على نوعين: نوع من ذلك يفترض أخذها، وهو ما إذا خاف ضياعها؛ ونوع من ذلك لا يفترض، وهو ما إذا لم يخف ضياعها ولكن يباح أخذها، أجمع عليه العلماء، ثم اختلفوا فيما بينهما أن الأخذ أفضل أو الترك؟ ثم ذكر ما ذكره في «المبسوط».

وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلْمَالِكِ لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالبَيِّنَةِ، وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ يَضْمَنُ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ وَقَالَ الآخِذُ أَخَذْتُهُ لِلْمَالِكِ وَكَذَّبَهُ المَالِكُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَضْمَنُ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ الحِسْبَةَ دُونَ المَعْصِيَةِ.

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا، أي: المالك والملتقط.

قوله: فَصَارَ كَالبَيِّنَةِ، أي: يصير كأن الملتقط أقام البينة على أنه أخذها ليوصلها إلى المالك.

قوله: وَلَوْ أَقَرَّ، أي: الملتقط.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ، لأن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعـًا، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «لا تظنن بكلمة خرجت من فِيّ أخيك سوءًا وأنت تجد لها في الخير محملًا»، والذي يحل له شرعـًا الأخذ للرد لا لنفسه، فيحمل مطلق فعل المسلم عليه، وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الإشهاد منه.

والثاني: أن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته، وهو منكر لذلك فالقول قوله، كما لو ادَّعى عليه الغصب، وهما يقولان: كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على أنه عامل لغيره، ودليل كونه عاملًا لغيره الإشهادُ هاهُنا، فإذا تركه كان آخذًا لنفسه باعتبار الظاهر.

والثاني: أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب الضمان إلا عند وجود الإذن شرعـًا، والإذن شرعـًا مقيَّد بشرط الإشهاد، فإذا ترك كان أخذه سببـًا للضمان عليه شرعـًا، فلا يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان، كمن أخذَ مال الغير وهلك في يده ثم ادَّعى أن صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة، كذا في «المبسوط».

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: هذا الاختلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه أن يشهد،

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخْذُ مَالِ الغَيْرِ وَادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ وَهُوَ الأَخْذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشَّكُّ فَلَا يَبْرَأُ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ يَكُونَ المُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ وَيَكْفِيهِ فِي الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لُقَطَةً فَدُلُّوهُ عَلَيَّ وَاحِدَةً كَانَتِ اللُّقَطَةُ أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا عَرَّفَهَا حَوْلًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَوْلُهُ أَيَّامًا مَعْنَاهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى، وَقَدَّرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ فِي الأَصْلِ بِالحَوْلِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ القَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ التَقَطَ شَيْئًا فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ»، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالحَوْلِ وَرَدَ فِي لُقَطَةٍ كَانَتْ مِائَةَ دِينَارٍ تُسَاوِيَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالعَشَرَةُ وَمَا فَوْقَهَا فِي مَعْنَى الأَلْفِ فِي تَعَلُّقِ القَطْعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ اسْتِحْلَالِ الفَرْجِ بِهِ وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ، فَأَوْجَبْنَا التَّعْرِيفَ بِالحَوْلِ احْتِيَاطًا، وَمَا دُونَ العَشَرَةِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الأَلْفِ بِوَجْهٍ مَا فَفَوَّضْنَا إِلَى رَأْيِ المُبْتَلَى بِهِ، وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ المَقَادِيرِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، وَيُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ المُلْتَقِطِ يُعَرِّفُهَا إِلَى أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا لا يَبْقَى عَرَّفَهُ حَتَّى إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرِّفَهَا فِي المَوْضِعِ الَّذِي

أمَّا إذا لم يجد أحدًا ليشهده عند الرفع، أو خافَ أنه لو أشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم فيترك الإشهاد لا يكون ضامنًا، وإن وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه.

أَصَابَهَا، وَفِي الجَامِعِ: فَإِنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى الوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لا يَطْلُبُهَا كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَكُونُ إِلْقَاؤُهُ إِبَاحَةً حَتَّى جَازَ الِانْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ وَلَكِنَّهُ مُبْقًى عَلَى مِلْكِ مَالِكِهِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ المَجْهُولِ لا يَصِحُّ.

قوله: كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ، أي: في مواضع مختلفة، فوجد من ذلك شيئـًا كثيرًا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة، فلا بأس بالانتفاع بها؛ لأن كل واحدٍ منها لا قيمة له، وإنما ظهرت القيمة بالاجتماع، والاجتماع حصل بجمعه، فالقيمة إنما ظهرت بصنعه فجاز الانتفاع بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها فله أن يأخذها ولا يصير ملكـًا للآخذ، ووجه ذلك أن إلقاء هذه الأشياء في الطرق قصدًا إذن بالأخذ، وإباحة للانتفاع بها عادةً، وليس بتمليك؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ المَجْهُولِ لا يكون، والإباحة لا تزيل ملك المبيح، والمباح له ينتفع به على حكم ملكه، فإذا وجدها صاحبها في يده فقد وجد عين ملكه فكان له الأخذ.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرح كتاب الذبائح» أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها وأخذها، ويصير ملكـًا للآخذ، وكذلك الجواب في التقاط السنابل، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المحيط»: إذا وجد النواة وقشور الرمان في مواضع متفرقة فالحكم هكذا، وأمَّا إذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها؛ لأن صاحبها لمَّا جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها، بل إنما سقطت منه.

وفي «المبسوط»: وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله أن من ألقى شاةً ميتةً له، فجاء آخر وجزَّ صوفها كان له أن ينتفع به، ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه، ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه؛ لأن ملكه لم يزل بالإلقاء، والصوف مال متقوم من غير اتصال شيء آخر به، فله

قَالَ: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا) إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَى المُسْتَحِقِّ وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَيْنِهَا عِنْدَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ العِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعْتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدُّقِ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ) (جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعْنِي بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا لِأَنَّ التَّصَدُّقَ وَإِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ المَحِلِّ، بِخِلَافِ بَيْعِ الفُضُولِيِّ لِثُبُوتِهِ بَعْدَ الإِجَازَةِ فِيهِ.

أن يأخذه مجانـًا، وأمّا الجلد فلا يصير مالًا متقومـًا إلا بالدباغ، فإذا أراد أخذه كان عليه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه.

قوله: وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الإِجَازَةِ؛ لأن الملتقط لمّا كان مأذونًا في التصدق شرعـًا يملك الفقير بنفس الأخذ؛ لأن الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه قال: «الصدقة تقع في كف الرحمن قبل أن تقع في كف الفقير».

قوله: فَلَا يَتَوَقَّفُ – أي: ثبوت الملك للفقير عند إجازة المالك – عَلَى قِيَامِ المَحِلِّ، أي: قيام المال الذي تصدق به على الفقير، يعني إذا أجاز المالك بعد هلاك اللقطة في يد الفقير تجوز الإجازة، وقد ثبت الملك للفقير قبل هذه الإجازة؛ لأن التصدق من أسباب الملك، فإذا تصدق الملتقط بإذن الشرع يثبت ما هو حكم التصدق، وهو ثبوت الملك للفقير.

فإن قيل: لو ثبتَ الملك للفقير قبل الإجازة لما ثبتَ للمالك حق الأخذ إذا كان قائمـًا في يد الفقير، قلنا: ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد، كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له، وكالمرتد إذا عاد من دار الحرب مسلمًا بعدما قسمت أمواله بين ورثته، فإنه يأخذ ما كان قائمـًا منها بعد ثبوت الملك لهم.

قوله: بِخِلَافِ بَيْعِ الفُضُولِيِّ، بضم الفاء، فإنَّ الملك فيه للمشتري إنَّما يثبت بعد إجازة

(وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُلْتَقِطُ لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ)، إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ

المالك بيع الفضولي، ونفاذ الإجازة إنَّما يكون فيما إذا كان المحل باقيًا وقت الإجازة، فلذلك اشترط قيام المحل لنفوذ الإجازة في بيع الفضول.

وذكر في «الفصول» للإمام الأستروشني رحمه الله: يشترط لصحة الإجازة في بيع الفضولي قيام أربعة أشياء وهي: البائع، والمشتري، والمالك، والمبيع، ولا يشترط قيام الثمن في يد البائع، فإن هلك واحد من الأربعة لا تجوز الإجازة، ويجيء تمامه في البيوع إن شاء الله تعالى.

قوله: وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُلْتَقِطُ، وحاصله أن المالك إذا لم يجز التصدق فلا يخلو إمَّا أن كانت اللقطة قائمة في يد الفقير أو هالكةً؛ فإن كانت قائمةً يأخذها من الفقير، وإن كانت هالكةً فله الخيار، إن شاء ضمنَ الفقير، وإن شاء ضمنَ الملتقط، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيءٍ، فإن ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الأخذ فيكون الثواب له.

وحُكي عن القاضي الإمام أبي جعفر رحمه الله أنه كان يقول: ما ذكر في الكتاب محمولٌ على ما إذا تصدق بغير أمر القاضي، أمَّا إذا تصدق بأمر القاضي فليس للمالك أن يضمن الملتقط، ولكن هذا ليس بصوابٍ؛ لأن تصدق الملتقط بأمر القاضي لا يكون أعلى حالًا من تصدق القاضي بنفسه، وهناك يضمن القاضي فهاهنا أوْلَى، كذا في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لا يُنَافِي الضَّمَانَ، وهذا لجواب سؤال يرد على دليل الضمان، وذكر السؤال والجواب في «المبسوط» وقال:

فإن قيل: كيف يضمنها له وقد تصدق بها بإذن الشرع؟ قلنا: الشرع أباح التصدق بها وما التزمه ذلك، ومثل ذلك الإذن مسقط للإثم عنه، غير مسقط لحق محترم للغير، كالإذن في الرمي إلى الصيد، والإذن في المشي في الطريق، فإنه يتقيَّد بشرط السلامة، وحق صاحب المال في هذا المال مرعيّ محترم، فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الإذن، فله أن يضمنه

المَخْمَصَةِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المِسْكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِالتِقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالبَقَرِ وَالبَعِيرِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا وُجِدَ البَعِيرُ وَالبَقَرُ فِي الصَّحْرَاءِ فَالتَّرْكُ أَفْضَلُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الفَرَسُ، لَهُمَا أَنَّ الأَصْلَ فِي أَخْذِ مَالِ الغَيْرِ الحُرْمَةُ وَالإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضَّيَاعِ،

إن شاء، والإذن هاهنا دون الإذن لمن أصابته المخمصة في تناول مال الغير، وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق المال.

قوله: وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المِسْكِينُ، قال في «السير الكبير»: والحكم الأصلي في اللقطة يجدها إنسان أو يجدها القاضي أن يمسكها على صاحبها، فيضعها الإمام في بيت المال إلى أن يجيء صاحبها، وبعد ما تمَّ مدة التعريف فالتصدق بها رخصة، فإذا مال القاضي إلى التصدق وتصدق كان في ذلك كواحدٍ من الرعايا؛ وهذا لأن التصدق بها غير داخل تحت ولاية الإمام؛ ولأنه تصدق بمال الغير بغير إذنه، وهو ليس بداخل تحت ولاية الإمام، وفي مثل ذلك فالإمامُ بمنزلة واحد من الرعايا.

وإن كانت اللقطة شيئاً يُخاف عليها الفساد فالقاضي فيها بالخيار، إن شاء تصدق بها على المساكين، وإن شاء باعها، فإن حضر صاحبها بعد ما باعها القاضي أخذ الثمن، ولم يكن له أن يضمن القاضي؛ لأن بيعه كان على وجه الحكم؛ لأنه خاف الفساد على مال الغائب، وحفظ مال الغائب داخل تحت ولاية القاضي بطريق النظر، وكل تصرف في مال الغائب دخلَ تحت ولاية القاضي صار القاضي فيه كالنائب عن الغائب، وهناك لا ضمان على القاضي كذا هاهنا، وبعد ما باع القاضي اللقطةَ وأخذ الثمن كان حكم الثمن حكم المبيع يمسكه القاضي إلى أن يجيء صاحبه، وإن رأى التصدق به فعل، وإن جاء صاحبه ولم يجز صدقته كان له أن يضمنه على ما ذكرنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالإِبَاحَةُ، أي: إباحة الأخذ.

وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا يَقِلُّ الضَّيَاعُ وَلَكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ فَيُقْضَى بِالكَرَاهَةِ وَالنَّدْبِ إِلَى التَّرْكِ، وَلَنَا أَنَّهَا لُقَطَةٌ يُتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيُسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَتَعْرِيفُهَا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ كَمَا فِي الشَّاةِ (فَإِنْ أَنْفَقَ المُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لِقُصُورِ وِلَايَتِهِ عَنْ ذِمَّةِ المَالِكِ، وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةً فِي مَالِ الغَائِبِ نَظَرًا لَهُ وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي الإِنْفَاقِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ.

(وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِبْقَاءَ العَيْنِ عَلَى مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ إِلْزَامِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالعَبْدِ الآبِقِ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا) إِبْقَاءً لَهُ مَعْنًى عِنْدَ تَعَذُّرِ إِبْقَائِهِ صُورَةً (وَإِنْ كَانَ الأَصْلَحُ الإِنْفَاقَ عَلَيْهَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا) لِأَنَّهُ نَصَبَ نَاظِرًا وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ، قَالُوا: إِنَّمَا يَأْمُرُ بِالإِنْفَاقِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى رَجَاءَ أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهَا، فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُ بِبَيْعِهَا؛ لِأَنَّ دَارَّةَ النَّفَقَةِ مُسْتَأْصِلَةٌ فَلَا نَظَرَ

قوله: وَإِذَا كَانَ مَعَهَا – أي: مع اللقطة – مَا تَدْفَعُ بِهِ عَنْ نَفْسِهَا، كالقرن في حقِّ البقرة، وزيادة القوة في حق البعير بكدمه ونفحه.

قوله: فَيُقْضَى بِالكَرَاهَةِ، أي: بكراهة الأخذ.

قوله: فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ، أي: البهيمة صالحة للإجارة والاستعمال.

قوله: وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ، أي: من جانب المالك بإبقاء عين ماله، ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة.

قوله: فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُ بِبَيْعِهَا، وإذا باعها أعطاه القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره

فِي الإِنْفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَفِي الأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ غَصْبًا فِي يَدِهِ فَلَا يَأْمُرُ فِيهِ بِالإِنْفَاقِ وَإِنَّمَا يَأْمُرُ بِهِ فِي الوَدِيعَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيِّنَةِ لِكَشْفِ الحَالِ وَلَيْسَتِ البَيِّنَةُ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ، وَإِنْ قَالَ لا بَيِّنَةَ لِي بِقَوْلِ القَاضِي لَهُ أَنْفِقْ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ حَتَّى تَرْجِعَ عَلَى المَالِكِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلا يَرْجِعُ

في اليومين والثلاثة؛ لأن الثمن مال صاحبها، والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها، وهو معلوم للقاضي فيقضي دينه بماله؛ لأن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه، فكذلك القاضي بعينه على ذلك، وإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة أنَّها له قضى له بها القاضي، وقضى عليه بنفقة الملتقط، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِي الأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ، أي: يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة عندي.

قوله: وَلَيْسَتِ البَيِّنَةُ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ، أي: البينة لا تقام هاهنا للقضاء، هذا لجواب سؤال يرد على **قوله:** وَفِي الأَصْلِ شَرْطُ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ، بأن يقال: إن البينة إنَّما تقام على المدعى عليه المنكر، وليس هاهنا مدعى عليه، فعلى من يقيم البينة؟ فقال: هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بأنه لقطة، لا للقضاء على المدعى عليه.

وذكر في «الذخيرة»: ثم هذه البينة مقبولةٌ وإن قامت قبل حضور صاحبها، ولا بدَّ لقبول البينة من الخصم، فطريق قبولها أن الإمام خصم فيها عن صاحبها، ألا ترى أن في الابتداء لو أقام بينة عند القاضي أنه وجد هذه الدابة ولا يُدرى لمن هي، وطلب من القاضي أن يأمره بالإنفاق، فالقاضي يقبل هذه البينة، وطريق قبولها أن ينصُب القاضي خصمًا عن صاحبها، كذا هاهنا.

قوله: وَإِنْ قَالَ - أي: الملتقط - لا بَيِّنَةَ لِي، على أنها لقطة عندي ولكن هي لقطة - بِقَوْلِ القَاضِي لَهُ - للملتقط - أَنْفِقْ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا، إنما يقول بهذا الترديد احترازًا عمَّا

إِنْ كَانَ غَاصِبًا، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى المَالِكِ بَعْدَ مَا حَضَرَ وَلَمْ تُبَعْ اللُّقَطَةُ إِذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلَى المَالِكِ، وَهَذِهِ رِوَايَةٌ وَهُوَ الأَصَحُّ.

يحتمل أحد الضررين؛ إذ لو أمر بتضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب، ولو لم يأمر بتضرر الملتقط على تقدير أنَّها لقطة، وقد أنفق عليها.

وقال في «الذخيرة»: فلو أن هذا الرجل حين جاء بالدابة إلى القاضي قال للقاضي: وجدتُّ هذه الدابة، ولا أدري لمن هي إلا أنه لا بينة لي على ذلك، فالقاضي لا يأمره بالإنفاق ولا بالبيع مرسلًا؛ لجواز أن الدابة غصب عنده، وقد احتال بهذه الحيلة لتصير النفقة دينًا له على المالك، وليبرئ نفسه عن الضمان بالبيع، فإنَّ الغاصب إذا باع المغصوب بأمر القاضي يبرأ عن الضمان، كما لو باع بأمر المالك، ويجوز أن يكون الأمرُ كما قال هو، وعلى هذا التقدير لو لم يأمره القاضي بالإنفاق أو البيع، وهو لا ينفق بغير أمر القاضي مخافةَ ضياع ماله، ولا يبيع بغير أمر القاضي مخافةَ لزوم الضمان، وإذا كان كذلك فيأمره القاضي بالبيع أو بالإنفاق مقيدًا.

وصورة ذلك أن يقول القاضي بين يدي الثقات: أمرتُه بالإنفاق عليها أو بالبيع إن كان الأمر كما قال، وإن كان الأمر على خلاف ذلك فلا آمره بشيءٍ، وهذا احتياط من الجانبين؛ لأنه إن كان الأمرُ كما قال لا يضيع مال المالك، وإن كان الأمر بخلافه لا يبرأ عن الضمان، وهذا كرجل اشترى عبدًا وغاب غيبة قبل نقد الثمن، ولا يدري أين هو، فجاء البائع بالعبد إلى القاضي وأخبره بالقصة، فإن القاضي يأمره بالبيع مقيدًا فيقول: إن كان الأمر كما قلتَ أمرتُك بالبيع، وإن كان بخلافه فلا آمرك بشيءٍ.

قوله: إِذَا شَرَطَ، متصل **بقوله: إِنَّمَا يَرْجِعُ**، أي: إنما يرجع الملتقط على المالك إذا شرط القاضي الرجوعَ على المالك.

وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط من «المبسوط» بقوله: والأصح أن يأمر القاضي الملتقط بالإنفاق على أن يكون دينًا على اللقيط، فحينئذٍ يرجع على اللقيط

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ) يَعْنِي (المَالِكُ فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّى يُحْضِرَ النَّفَقَةَ) لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَفَادَ المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ فَأَشْبَهَ المَبِيعَ؛ وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ رَادُّ الآبِقِ فَإِنَّ لَهُ الحَبْسَ لِاسْتِيفَاءِ الجُعْلِ لِمَا ذَكَرْنَا، ثُمَّ لا يَسْقُطُ دَيْنُ النَّفَقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ المُلْتَقِطِ قَبْلَ الحَبْسِ، وَيَسْقُطُ إذَا هَلَكَ بَعْدَ الحَبْسِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالحَبْسِ شَبِيهَ الرَّهْنِ.

قَالَ: (وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ فِي لُقَطَةِ الحَرَمِ إلَى أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الحَرَمِ «وَلا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلَّا لِمُنْشِدٍ» وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّهَا لُقَطَةٌ، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ إبْقَاءُ مِلْكِ المَالِكِ مِنْ وَجْهٍ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ لا يَحِلُّ الِالتِقَاطُ إلَّا لِلتَّعْرِيفِ، وَالتَّخْصِيصُ بِالحَرَمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لِمَكَانِ أَنَّهُ

وإلا فلا، وهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا، فإنهم يقولون: إن مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ، يقال: أنشدتُ الضالةَ، أي: عرفتُها، ويقال: نشدتُها، أي: طلبتُها، كذا في «الصحاح».

ثم معنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله: «وَلا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا - أي: لقطة مكة - إلَّا لِمُنْشِدِهَا»، أي: لطالبها، وهو المالك عند الشافعي، وعندنا المراد من المنشد المعرف.

العفاصُ: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلدٍ، أو خرقةٍ، أو غير ذلك، يقال: أوكأ السقاءَ، شدَّه بالوكاء، وهو الرباط الذي يشدُّ به.

قوله: وَالتَّخْصِيصُ بِالحَرَمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لِمَكَانِ أَنَّهُ لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا، ومعنى هذا: أن هذا المال الملقى في الحرم لمَّا كان للغرباء ظاهرًا، وهم تفرقوا شرقـًا وغربـًا،

لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ، فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي القَضَاءِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يُجْبَرُ، وَالعَلَامَةُ مِثْلُ أَنْ يُسَمِّيَ وَزْنَ الدَّرَاهِمِ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا، لَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ اليَدِ يُنَازِعُهُ فِي اليَدِ وَلَا يُنَازِعُهُ فِي المِلْكِ، فَيُشْتَرَطُ الوَصْفُ لِوُجُودِ المُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا تُشْتَرَطُ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ لِعَدَمِ المُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَلَنَا أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالمِلْكِ فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَهُوَ البَيِّنَةُ اعْتِبَارًا بِالمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ العَلَامَةِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ» وَهَذَا لِلْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالمَشْهُورِ وَهُوَ

وقد ذكر فيما إذا كانت اللقطة عشرة دراهم أو أكثر عرفها حولًا، فلا فائدة في التعريف هاهنا حولًا، ينبغي أن يسقط التعريف، فالنبيّ صلَّى الله عليه وسلم أزالَ هذا الوهم بقوله: «إِلَّا لِمُنْشِدِهَا»، أي: إلا لمعرفها، أي: لا يرفعها إلا من يعرفها، ثم يفعل بها ما يفعل بسائر اللقطات لعدم الدليل بالفصل.

قوله: وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، أي: على الدفع إلى الذي أعطي علامتها.

قوله: وَلَنَا أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالمِلْكِ، بدليل أنه يجبُ الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد؛ لما أن المدبر غير قابل للنقل ملكًا.

قوله: وَهَذَا لِلْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالمَشْهُورِ، وقوله: عَمَلًا، تعليل قوله: لِلْإِبَاحَةِ، أي: لم يكن الأمر في قوله صلَّى الله عليه وسلم: فَادْفَعْهَا، للإيجاب، بل هو للإباحة عملًا بالحديث المشهور؛ إذ لو كان ذلك للوجوب يلزم التعارض بين موجبي الحديثين، والأصل عدم التعارض، فلذلك قلنا بإباحة الدفع.

قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي» الحَدِيثَ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ اسْتِيثَاقًا، وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ، لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الكَفِيلَ لِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لِوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ،

قوله: وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا، ذكر في «المبسوط»: وله أن يتوسع فيدفع إليه باعتبار الظاهر، فإن دفعها إليه أخذ منه كفيلًا نظرًا لنفسه، فلعله يأتي مستحقها فيضمنها إيَّاه، ولا يتمكّن من الرجوع إلى هذا الأخذ منه؛ لأنه يخفى شخصه، فيحتاط بأخذ الكفيل منه، وإن صدقه فدفعها إليه ثم أقام الآخر البينة أنَّها له، فله أن يضمن الملتقط، أمَّا بعد التصديق يُؤمر بالدفع إليه؛ لأن الإقرار حجة في حق المقر، ولكن الإقرار لا يعارض ببينة الآخر؛ لأن البينة حجة متعدية إلى الناس كافة، فيثبت الاستحقاق بها للذي أقام البينة، ويبيّن أن الملتقط دفع ملكه إلى غيره بغير أمره فله الخيار، إن شاءَ ضمن القابض بقبضه، وإن شاء ضمن الملتقط بدفعه، فإن ضمن الملتقط يرجع على المدفوع إليه؛ لأنه وإن صدقه بإصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتمادًا على الظاهر، ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه، والمقر إذا صار مكذبًا في إقراره سقطَ اعتبار إقراره، كالمشتري إذا أقرَّ بالملك للبائع ثم استحقه إنسان من يده رجع على البائع بالثمن.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: فلو دفعها إليه بالحلية، أي: بسبب ذكر العلامة، ثم جاء آخر وأقام البينة أنَّها له، فإن كانت اللقطة قائمة في يد الأول يأخذها صاحبها منه إذا قدر، ولاشيء على أحدٍ، وإن كانت هالكة، أو لم يقدر على أخذها، فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن الدافع، وإن كان الملتقط دفع بقضاء قاض لا ضمانَ عليه، وإن كان الدفع بغير قضاء ضمن.

قوله: وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ، هذا احتراز عن أخذ القاضي الكفيل من الوارث أو الغريم، وهو **قوله:** بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لِوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله، ورد الضمير إليه وإن لم يسبق له ذكرٌ لشهرة حكم تلك المسألة، على ما ذكرتُ من الاختلاف.

فصورة ذلك: ميراث قسم بين الغرماء، أو بين الورثة، لا يؤخذ من الغريم ولا من

وَإِذَا صُدِّقَ قِيلَ لا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالوَكِيلِ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ إِذَا صَدَّقَهُ، وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ وَالمُودِعُ مَالِكٌ ظَاهِرًا، وَلا يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ لِأَنَّ المَأْمُورَ بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ لَمْ يَأْتِ» يَعْنِي صَاحِبَهَا، «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ» وَالصَّدَقَةُ لا تَكُونُ عَلَى غَنِيٍّ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ المَفْرُوضَةَ.

الوارث كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يؤخذ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر هاهنا ليس بثابت، ولهذا كان له أن لا يدفع إليه المال؛ لأن الكلام في الدفع إليه بذكر العلامة.

وأمّا في مسألة الوارث فحق الحاضر معلوم، وحق الآخر موهوم عسى يكون، وعسى لا يكون، فلا يجوز تأخير حق الحاضر إلى وقت التكفيل لأمر محتمل لا أمارةَ عليه، هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة، وأمّا إذا دفع اللقطة بحكم أن الحاضر أقام البينة على أنّها له، ففي أخذ الكفيل روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان في كتاب القضاء من «الجامع الصغير».

قوله: وَإِذَا صُدِّقَ قِيلَ لا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالوَكِيلِ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ، بخلاف ما إذا صدق المديون وكيل رب الدين بقبض دينه حيث يجبر على دفع الدين؛ لأن المديون إنّما يقضي الدين بملك نفسه، وإقراره في ملك نفسه ملزم، وأمّا المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير، وإقراره في ملك الغير ليس بملزم.

قوله: وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ، فلمّا لم يكن ظاهرًا جاز أن يكون المالك هو الذي حضر، فلمّا أقر الملتقط بأنه هو المالك كان إقراره ملزمًا إياه الدفع إليه، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدقه، وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع، ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء، وهاهنا الملتقط له أن يرجع على القابض؛ لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره، وأنه ليس بضامن، بل المودع ظالم في تضمينه إيّاه، ومن ظُلِم فليس له أن يظلم غيره، وهاهنا في زعمه أن القابض

(وَإِنْ كَانَ المُلْتَقِطُ غَنِيًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَانْتَفِعْ بِهَا» وَكَانَ مِنَ المَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا صِيَانَةً لَهَا وَالغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ، وَلَنَا مَالُ الغَيْرِ فَلَا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ وَالإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ، أَوْ بِالإِجْمَاعِ فَيَبْقَى مَا وَرَاءَهُ عَلَى الأَصْلِ، وَالغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الأَخْذِ لِاحْتِمَالِ افْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، وَالفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَى لِاحْتِمَالِ اسْتِغْنَائِهِ فِيهَا وَانْتِفَاعُ أُبَيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ.

عامل لنفسه، وأنه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة، فكان له أن يرجع عليه بما ضمن لهذا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَانَ مِنَ المَيَاسِيرِ، أي: الأغنياء، جمع الميسور ضد المعسور، وهما صفتان عند سيبويه، ومصدران عند غيره.

قوله: حَمْلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا، أي: ليكون حاملًا وباعثًا على رفعها.

قوله: إِلَّا بِرِضَاهُ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ، لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْۚ﴾ [البقرة: ١٩٠]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

قوله: وَالإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ».

قوله: جَائِزٌ بِإِذْنِهِ، أي: بإذن الإمام؛ لأنه في محل مجتهد فيه، فإن عند الشافعي يحل الانتفاع للغني.

وذكر في «المبسوط»، و«الأسرار» في تأويل حديث أبيّ رضي الله عنه: يحتمل أن النبي

(وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ فَقِيرًا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ وَلِهَذَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَى فَقِيرٍ غَيْرِهِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ الفَقِيرُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لِمَا ذَكَرْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

صلَّى الله عليه وسلم علم فقره وحاجته لديون عليه، فأذن له في الانتفاع بها، ويحتمل أن ذلك المال كان لحربيّ لا أمانَ له، وذلك لأن دار الإسلام يومئذٍ لم يكن بها سعة، وقد عرف بها ثلاث سنين، فكان الظاهر أنَّها لو كانت لمسلم لظهر، فلمَّا لم يظهر علم أنَّها كانت لكافر، وقد سبقت يدُه إليها فجعله أحق بها لهذا، وإليه أشار رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بقوله: «فإنه رزق ساقه الله إليك»، ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاءها، حتى لو جاء صاحبها تمكن من الخروج ممَّا عليه، يدفع مثلها إليه.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، وهو نظر الثواب للمالك، ونظر الانتفاع للملتقط.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهوقوله: لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الإِبَاقِ

(الآبِقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى عَلَيْهِ) لِمَا فِيهِ مِنْ إحْيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَدْ قِيلَ كَذَلِكَ، وَقَدْ قِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ المَالِكُ وَلا كَذَلِكَ الآبِقُ، ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ،

كتاب الإباق

هذه الكتب أعني: اللقيط، واللقطة، والإباق، والمفقود كتب متجانس بعضها بعضاً، من حيث أن في كل منها عرضية الزوال والهلاك.

وفي «المبسوط»: اعلم بأن الإباق تمرد في الانطلاق، وهو من سوء الأخلاق، ورداءة الأعراق، يظهر العبد عن نفسه فرارًا، لتصير ماليته فيها ضمارًا، فردَّه إلى مولاه إحسان، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان.

الإباق: هو الهرب من بابي ضرَب ونصَر.

قوله: مَنْ يَقْوَى عَلَيْهِ - أي: يقدر - لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ؛ لأن الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد إحياءً له.

ثم الفرق بين الآبق والضال، قيل: الآبق هو المملوك الذي فرَّ من صاحبه قصدًا، والضال: هو الذي ضلَّ الطريق إلى منزله، وهو في ذلك غير قاصد.

قوله: ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ، هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ، ثُمَّ إذَا رُفِعَ الآبِقُ إلَيْهِ يَحْبِسُهُ، وَلَوْ رُفِعَ الضَّالُّ لا يَحْبِسُهُ لِأَنَّهُ لا يُؤْمَنُ عَلَى الآبِقِ الإِبَاقُ ثَانِيًا، بِخِلَافِ الضَّالِّ.

قَالَ: (وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلَى مَوْلاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إلَّا بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ العَبْدَ الضَّالَّ، وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ - اتَّفَقُوا عَلَى وُجُوبِ أَصْلِ الجُعْلِ، إلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوْجَبْنَا الأَرْبَعِينَ

وأمَّا اختيار شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله أن الراد بالخيار، إن شاء حفظَ بنفسه، وإن شاء رفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة، الواجد فيهما بالخيار، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ، فوجه القياس ظاهرٌ، وهو أنه تبرع بمنافعه في رده على مولاه، ولو تبرَّع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضًا بمقابلته، فكذلك إذا تبرع بمنافعه؛ ولأن رد الآبق نَهي عن المنكر؛ لأن الإباق منكر، والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم، فلا يستوجب بإقامة الفرض جعلًا.

قوله: إلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوْجَبْنَا الأَرْبَعِينَ، فإن قيل: كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل في المقدار؛ لأنه متيقن به.

قلنا: إنما لم نأخذ بالأقل؛ لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقلّ على ما إذا ردَّه بما دون مسيرة سفر، وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا ردَّه من مسيرة سفر، وإذا أتى رجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده، فإنه يستحلفه بالله ما بعتُه، ولا وهبتُه، ثم يدفعه إليه؛ وذلك لأنه لمَّا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة، إلا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه، ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك.

فإن قيل: كيف يستحلفه، وليس هاهنا خصم يدعى عليه ذلك؟

فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا بَيْنَهُمَا، وَلِأَنَّ إِيجَابَ الجُعْلِ أَصْلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ إِذِ الحِسْبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ فَامْتَنَعَ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الآبِقِ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَى وَالآبِقُ يَخْتَفِي، وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا أَوْ يُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ القَاضِي وَقِيلَ تُقَسَّمُ الأَرْبَعُونَ عَلَى

قلنا: يستحلفه صيانةً لقضاء نفسه، والقاضي مأمور بأن يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الإمكان، أو يستحلفه نظرًا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترٍ، أو موهوبٍ له، فإذا حلفَ دفعه إليه، وفي أخذ الكفيل منه الأصح أن فيه روايتين، وإن لم يكن للمدعي بينة ولكن أقر العبد أنه عبده، فإنه يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلًا، أمَّا الدفع إليه فلأن العبد في يد نفسه، وقد أقرَّ بأنه مملوك له، ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولًا، فكذلك إذا أقرَّ أنه مملوك له، وأمَّا أخذ الكفيل فإن الدفع إليه بما ليس بحجة على القاضي، فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الأول، فالدفع هناك بحجة ثابتة في حق القاضي، كذا في «المبسوط».

التلفيق: بَهَمْ آوردن.

قوله: دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الآبِقِ، أي: دون الحاجة، أي: الحاجة في صيانة الضال أقل بالنسبة إلى الحاجة في صيانة الآبق، لما ذكر في الكتاب.

قوله: وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ، إلى آخره، وهذه الأوجه الثلاثة تفصيل لما ذكر قبله **بقوله: وَإِنْ رَدَّهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ**، يعني: أن ذلك الحساب قد يكون باصطلاح الراد والمالك، وقد يكون برأي القاضي، وقد يكون بقسمة الأربعين على الأيام الثلاثة، وتفسير ذلك ما ذكره في «الذخيرة» فقال: فيجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهمًا، فيكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهمًا وثلثُ درهم، فيقضى بذلك إن ردَّه من مسيرة يوم، والأشبه هو الذي يفوض إلى رأي الإمام، وبهذا التقرير يندفع ما يتراءى في لفظ الكتاب من صورة التكرار، فإن الثاني لمَّا كان لتفصيل ما ذكره أوَّلًا لا يلزم التكرار.

الأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ يُقْضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا) قَالَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَلَى الأَقَلِّ لِأَنَّهُ حَطٌّ مِنْهُ، وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَقْصُودَ حَمْلُ الغَيْرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحْيَا مَالُ المَالِكِ فَيَنْقُصُ دِرْهَمٌ لِيَسْلَمَ لَهُ شَيْءٌ تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ، وَأُمُّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ القِنِّ إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ المَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ مِلْكِهِ؛ وَلَوْ رَدَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَا جُعْلَ فِيهِمَا؛

وإذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر أنصبائهما، فإن كان أحد المولين حاضرًا والآخر غائبًا، فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطيه الجعل كله، وإذا أعطاه لم يكن متطوعًا، ثم ذكر فيها مسألة عجيبة وقال: وإذا قال الرجل لغيره: إنَّ عبدي قد أبق فإن وجدته فخذه، فقال المأمور: نعم، ثم إنَّ المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فأخذه وردَّه على المولى فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان منه في ردِّ الآبق، وقد وعد له الإعانة، والمعين لا يستحق شيئًا.

قوله: وَأُمُّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ القِنِّ؛ لأنَّهما مملوكان للمولى، وهو يستكسبهما بمنزلة القن.

فإن قيل: فأين ذهب قولكم: إنه يستوجب الجعل بإحياء المالية، ولا مالية في أمِّ الولد خصوصًا عند أبي حنيفة رحمه الله؟ قلنا: نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقبة، ولكن له مالية فيها باعتبار كسبها؛ لأنه أحق بكسبها، وقد أحيا الراد ذلك بردِّه، فيستوجب الجعل عليه، بخلاف المكاتب فإنه أحق بمكاسبته، فلا يكون رادُّه محييًا للمولى ماليته باعتبار الرقبة، ولا باعتبار الكسب، كذا في «المبسوط».

لِأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِالمَوْتِ بِخِلَافِ القِنِّ، وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَوْلَى أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ فَلَا جُعْلَ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً، وَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ

قوله: لِأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِالمَوْتِ، هذا التعليل بإطلاقه ظاهرٌ في حق أمِّ الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه، وأمَّا إذا كان على المدبر سعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه، فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله، وحر عندهما عليه دين، ولا جعل لرادِّ المكاتب أو الحر؛ فأمَّا إذا أوصلهما إلى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَوْلَى أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، وقوله: وَهُوَ، راجع إلى الرادِّ، والجملة فى ذلك أن الراد إذا كان في عيال مالك العبد، أي: في مؤنته ونفقته، لا جعلَ له سواء كان ذلك الراد أباً للمالك أو ابناً له، وأمَّا إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل: إن كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضاً، وإن كان أباه فله الجعل، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، و«شرح الطحاوي».

وذكر في «المبسوط» جواب القياس بأن الراد الذي هو ذو رحم محرم من المالك، يستحق الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله، ثم قال: ولكنه استحسن فقال: إذا وجد عبد أبيه وهو في عياله أو ليس في عياله فلا جعل له؛ لأن رد الآبق على أبيه من جملة خدمته، وخدمة الأب مستحقة على الابن، فأمَّا إذا وجد الأب عبد ابنه، فإن كان في عيال ابنه فلا جعل له؛ لأن آبق الرجل إنَّما يطلبه من في عياله عادةً، ولهذا ينفق عليهم، فلا يستوجب مع ذلك جعلًا آخر، وإن لم يكون الأب في عياله فله الجعل؛ لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب، فعلى هذا التقرير الذي ذكرنا يحتاج ما ذكره في الكتاب مطلقًا إلى التقييد فكان قوله: وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أي: اشتراط العيال في حق عدم وجوب الجعل فيما إذا كان الراد أباً، لا ابناً، فإن الجعل لا يجب للابن سواء كان في عيال الأب أو لم يكن.

قوله: وَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الكِتَابِ، أي: لفظ الكتاب وهو قوله: وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

إِطْلَاقُ الكِتَابِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لَكِنَّ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ أَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَائِعِ مِنَ المَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الآبِقَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الجُعْلَ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ بِحَبْسِ المَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالإِعْتَاقِ) كَمَا فِي العَبْدِ المُشْتَرَى،

قوله: لَكِنَّ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ، وإن ادعى أنه أخذه للرد، ولكن ترك الإشهاد مع الإمكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة.

هذا إذا علم أنه كان آبقـًا، فإن أنكر المولى أن يكون العبد آبقـًا فالقول قوله؛ لأن السبب الموجب للضمان قد ظهر من الآخذ، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه، فهو يدعي ما يسقطه وهو الإذن شرعًا لكون العبد آبقـًا، ولو ادعى الإذن من المالك له في أخذه وأنكره المالك كان القول قوله، فكذلك هاهنا، وعلى هذا لو ردَّه فأنكر المولى أن يكون عبدُه آبقًا فلا جعل له، إلا أن يشهد الشهود بأنه أبق من مولاه، أو أن مولاه أقرَّ بإباقه، فحينئذٍ يجب له الجعل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي نُسَخ المختصر القدوري.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ - أي: أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه - صَارَ - بإعتاقه - قَابِضًا لهُ، حتى يجب الجعل على المولى للراد، وإنما قيد: بِالإِعْتَاقِ؛ لأنه لو دبَّر مكان الإعتاق لا يصير قابضـًا، والفرق بينهما هو أن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير به قابضـًا، كما لو أعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض يصير به قابضـًا، وأمَّا التدبير فلا يتلف به المالية فلا يصير المولى قابضـًا له، إلا أن يصل إلى يده.

وَكَانَ إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ البَدَلِ لَهُ، وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ لَكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ الوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ فَجَازَ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ) فَالإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، حَتَّى لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ وَقْتَ الأَخْذِ لا جُعْلَ لَهُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ تَرْكَ الإِشْهَادِ أَمَارَةُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الآخِذِ أَوِ اتَّهَبَهُ أَوْ وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ لا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِيَرُدَّهُ فَيَكُونُ لَهُ الجُعْلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ.

(وَإِنْ كَانَ الآبِقُ رَهْنًا فَالجُعْلُ عَلَى المُرْتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحْيَا مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ،

قوله: وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ، أي: يصير قابضاً بالبيع من الراد وإن لم يصل إلى يده؛ وإنَّما قيد بالبيع لأن الحكم في الهبة بخلاف ذلك حيث لا يصير بها قابضاً قبل الوصول إلى يده؛ لأن في الهبة قبل القبض لم يصل العبد إلى يد المولى، ولا يدَ له، فلا يكون لها حكم القبض بخلاف البيع، والمسائل في «الذخيرة».

قوله: وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ، إلى آخره، هذا جواب للإشكالِ يرد على ما ذكر قبله **بقوله:** لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَائِعِ مِنَ المَالِكِ، فإنه لمَّا جعل المالك بمنزلة المشتري في تلك المسألة، ثم لو باع المالك هاهنا من الرادِّ قبل أن يقبضه كان داخلًا تحت النهي الوارد في الحديث: «نَهى عن بيع ما لم يقبض»، فأجاب عنه بهذا وقال: ذلك النهي فيما إذا كان البيع الأول بيعاً من كل وجهٍ، وهاهنا بيع الراد من المالك هو بيع من وجه لا من كل وجه، فلا يدخل المالك ببيعه من الراد تحت النهي، فيصح بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه.

قوله: وَهِيَ حَقُّهُ، أي: ومالية العبد حق المرتهن، ألا ترى أنه لو لم يرده راد حتى تحقق التوى سقط دين المرتهن إذا كانت قيمته مثل الدين أو أكثر.

إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهَا وَالجُعْلُ بِمُقَابِلَةِ إِحْيَاءِ المَالِيَّةِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ، وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لا يَبْطُلُ بِالمَوْتِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ فَبِقَدْرِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ وَالبَاقِي عَلَى الرَّاهِنِ لِأَنَّ حَقَّهُ بِالقَدْرِ المَضْمُونِ فَصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ وَتَخْلِيصُهُ عَنِ الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا فَعَلَى المَوْلَى إِنِ اخْتَارَ قَضَاءَ الدَّيْنِ، وَإِنْ بِيعَ بُدِئَ بِالجُعْلِ وَالبَاقِي لِلْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ المِلْكِ وَالمِلْكُ فِيهِ كَالمَوْقُوفِ فَتَجِبُ عَلَى مَنْ يَسْتَقِرُّ لَهُ، وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى المَوْلَى إِنِ اخْتَارَ الفِدَاءَ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، وَعَلَى الأَوْلِيَاءِ إِنِ اخْتَارَ الدَّفْعَ لِعَوْدِهَا إِلَيْهِمْ، وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا فَعَلَى المَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعْدَ الرَّدِّ لِأَنَّ

قوله: إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهَا، أي: استيفاء المرتهن دينه من مالية العبد المرهون؛ لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، فعرفنا أنه في الرد عمل له، فكان الجعل عليه، وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء، وذلك على المرتهن بالقدر المضمون منه، فكذلك الجعل وكذلك ثمن الدواء، فإنه أيضاً ينقسم على الراهن والمرتهن فيما كان زائدًا على قدر الدين، فهو على الراهن وبقدر الدين على المرتهن.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا، أي: العبد الآبق إذا كان مديوناً بأن كان مأذوناً فلحقه الدين في التجارة، أو استهلك مال الغير وأقرَّ به مولاه.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا فَعَلَى المَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ رَجَعَ الوَاهِبُ، و(إِنْ) هذه للوصل، أي: يجب الجعل على الموهوب له.

قوله: وَإِنْ رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعْدَ الرَّدِّ، وإنَّما ذكر هذا الوصل لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله **بقوله:** فَتَجِبُ عَلَى مَنْ يَسْتَقِرُّ الْمِلْكُ لَهُ، **وبقوله:** فَعَلَى المَوْلَى إِنِ اخْتَارَ الفِدَاءَ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لوجود هذين

الْمَنْفَعَةَ لِلْوَاهِبِ مَا حَصَلَتْ بِالرَّدِّ بَلْ بِتَرْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَعْدَ الرَّدِّ، وَإِنْ كَانَ لِصَبِيٍّ فَالْجُعْلُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ، وَإِنْ رَدَّهُ وَصِيُّهُ فَلَا جُعْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

المعنيين في حقه، فأجاب عنه بقوله: لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لِلْوَاهِبِ مَا حَصَلَتْ بِالرَّدِّ، أي: برد الآبق.

قوله: بَلْ بِتَرْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَعْدَ الرَّدِّ، من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته، فلا يجب الجعل على الواهب لذلك.

فإن قيل: المنفعة حصلت للواهب بالمجموع، وهو ترك الموهوب له بالفعل ورد الراد.

قلنا: نعم ولكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودًا فيضاف الحكم إليه، كما في القرابة مع الملك، فيضاف العتق إلى آخرهما وجودًا، كذا هاهنا.

وذكر في «المبسوط»: فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد، ولو ماتَ بعد الرد لم يبطل حقه في الجعل الذي وجبَ على الموهوب له، فكذلك إذا رجع فيه الواهب.

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ، وكذلك إن كان اليتيم في حجر رجل بقوله: فجاء به ذلك الرجل فلا جعلَ له؛ لأنه هو الذي يطلبه عادةً، وكذلك لا جعلَ للسلطان إذا ردَّ آبقـًا، وكذلك رَاهْ بَانْ، وشَحْنَهْ كاروان[1]، لا جعل لهما إذا ردَّا المال من أيدي القطاع، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، والله سبحانه وتعالى أعلم.[2]

---

(١) كتبت تحت السطر في نسخة فيض الله أفندي – الأولى (ف١): شَحْنَهْ كاروان: أي كبير القافلة. أقول: يعني الشيخ والمُعمَّر فيها، والمراد من رَاهْ بَانْ، من يهدي الصِّراط والمنازل في السفر.

(٢) في نسخة فاتح – الأولى (فح١) بعد إتمام الكتاب: اللّٰهم صلِّ على سيِّدنا محمد خاتم النبيين والمُرسلين، وإمام المتقين، ورسول ربِّ العالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

كِتَابُ المَفْقُودِ

(إِذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلا يُعْلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ نَصَّبَ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ) لِأَنَّ القَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لِكُلِّ عَاجِزٍ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَالمَفْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَفِي نَصْبِ الحَافِظِ

كتاب المفقود

اعلم أن المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء مستقره لا يجدون، قد انقطع عنهم خبره، واستتر عليهم أثره، فبالجد رُبَّما يصلون إلى المراد، ورُبَّما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد.

والاسم في اللغة من الأضداد؛ إذ يقول الرجل: فقدتُ الشيء، أي: أضللته، وفقدته، أي: طلبته، وكلا المعنيين متحقق في المفقود، فقد ضل عن أهله وهم في طلبه.

وحكمه في الشرع: أنه حيٌّ في نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ميِّت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا ماتَ أحد من أقربائه؛ لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال، فإنه علم حياته فيُستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه، واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: ولا يحكم القاضي في شيءٍ من أمره حتى يثبت موته أو قتله، ولا يثبت موته إلا بالبينة أو بموت أقرانه، وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصمًا عنه، أو ينصب عنه خصمًا فيقبل عليه البينة.

قوله: وَالمَفْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، أي: عاجز عن إقامة مصالحه.

لِمَالِهِ وَالقَائِمِ عَلَيْهِ نَظَرٌ لَهُ، وَقَوْلُهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ لِإِخْفَاءِ أَنَّهُ يَقْبِضُ غَلَّاتِهِ وَالدَّيْنَ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ غَرِيمٌ مِنْ غُرَمَائِهِ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الحِفْظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ المَفْقُودُ وَلا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلا نَائِبٍ عَنْهُ إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ مِنْ جِهَةِ القَاضِي وَأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، إِنَّمَا الخِلَافُ فِي الوَكِيلِ بِالقَبْضِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الحُكْمَ بِهِ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَآهُ القَاضِي وَقَضَى بِهِ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ،

قوله: وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ، أي: ويُخاصم من نصبه القاضي في حفظ مال المفقود بِعَقْدِهِ، أي: بعقد منصوب القاضي.

قوله: وَلا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ، بأن كان الشيء مشتركًا بين المفقود وغيره، لا يكون هو خصمًا، أي: منصوب القاضي لا يكون خصمًا.

قوله: إِنَّمَا الخِلَافُ فِي الوَكِيلِ بِالقَبْضِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ فِي الدَّيْنِ، يعني: عند أبي حنيفة رضي الله عنه يملك الخصومة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك الخصومة.

قوله: وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، يعني: وكيل القاضي لمَّا لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب، والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز عندنا؛ لأن القضاء لقطع الخصومة، والخصومة من الغائب غير ممكن، فكيف يتصور القطع.

قوله: إِلَّا إِذَا رَآهُ القَاضِي، أي: مصلحةً وقضى به فحينئذٍ يجوز؛ لأن القاضي إذا قضى في فصل مجتهد فيه نفذ قضاؤه.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء، فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاضٍ آخر، كما لو كان القاضي محدودًا في قذف؟ قلنا: لا كذلك، بل المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن

ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ يَبِيعُهُ القَاضِي لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ صُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ فَيَنْظُرُ لَهُ بِحِفْظِ المَعْنَى (وَلا يَبِيعُ مَا لا يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ فِي نَفَقَةٍ وَلا غَيْرِهَا)؛ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الغَائِبِ إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ فَلَا يَسُوغُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ الصُّورَةِ وَهُوَ مُمْكِنٌ.

قَالَ: (وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ) وَلَيْسَ هَذَا الحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الأَوْلَادِ بَلْ يَعُمُّ جَمِيعَ قَرَابَةِ الوِلادِ، وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالِهِ حَالَ حَضْرَتِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ القَاضِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ القَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا فِي حَضْرَتِهِ إِلَّا بِالقَضَاءِ لا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فِي غَيْبَتِهِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالقَضَاءِ وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائِبِ مُمْتَنِعٌ،

البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر، فإذا رآها القاضي حجةً وقضى بها نفذ قضاؤه، كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف، كذا في «الذخيرة».

قوله: ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ الفَسَادَ، كالثمار ونحوها، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَمَعْنَاهُ، وهو المالية فيحصل ماليته في ثمنه، فلذلك يأمر بحفظ ثمنه.

قوله: وَهُوَ مُمْكِنٌ، أي: حفظ الصورة.

قوله: وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ، وفي «المبسوط»: ومن كان من ورثة المفقود غنيًّا فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة؛ لأن حياته كانت معلومة، ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحي سوى الزوجة؛ لأن استحقاق الزوجة بالعقد، فلا يختلف باليسار والعسرة، أو بكونها محبوسة لحقه، وذلك موجود في حق المفقود، فأمّا استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة، وذلك يَنْعَدم بغناء المستحق.

قوله: لِأَنَّ القَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً، لا إلزامًا؛ لأن اللزوم ثابت قبل القضاء فيكون القضاء إعانةً.

فَمِنَ الأَوَّلِ الأَوْلَادُ الصِّغَارُ وَالإِنَاثُ مِنَ الكِبَارِ وَالزَّمِنِيُّ مِنَ الذُّكُورِ الكِبَارِ، وَمِنَ الثَّانِي الأَخُ وَالأُخْتُ وَالخَالُ وَالخَالَةُ.

وَقَوْلُهُ (مِنْ مَالِهِ) مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي المَطْعُومِ وَالمَلْبُوسِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ بِالقِيمَةِ وَهِيَ النَّقْدَانِ وَالتِّبْرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الحُكْمِ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ قِيمَةً كَالمَضْرُوبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ القَاضِي، فَإِنْ كَانَتْ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ المُودِعُ وَالمَدْيُونُ مُقِرِّينَ بِالدَّيْنِ الوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنَّسَبِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ القَاضِي، فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرَ الوَدِيعَةِ وَالدَّيْنِ أَوِ النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ

قوله: فَمِنَ الأَوَّلِ، وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء القاضي.

قوله: وَمِنَ الثَّانِي، وهم الذين لا يستحقون النفقة بدون قضاء القاضي.

قوله: الأَخُ وَالأُخْتُ وَالخَالُ، فإنه لا يجب عليه نفقتهم إلا بقضاءٍ أو رضاءٍ؛ لأنه مجتهد فيه، ولهذا لم يكن لهم الأخذ من غير قضاء أو رضاء، كذا في نفقات «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ يَصْلُحُ، أي: لأن التِّبر يصلح.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ، أي: الدراهم والدنانير.

قوله: وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ، أي: الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئًا واحدًا، والنكاح والنسب شيئًا واحدًا، فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية، والدليل على هذا ما ذكره بعده **بقوله:** وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرَ الوَدِيعَةِ وَالدَّيْنِ أَوِ النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ يَشْتَرِطُ الإِقْرَارَ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ، أي: إقرار المودع بأن هذا وديعة فلان إذا لم تكن الوديعة ظاهرة عند القاضي، أو إقرار المودع بأن هذه زوجة ذلك الغائب، إذا لم تكن

يَشْتَرِطُ الإِقْرَارَ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، فَإِنْ دَفَعَ المُودِعُ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي يَضْمَنُ المُودِعُ وَلا يُبَرَّأُ المَدْيُونُ لِأَنَّهُ مَا أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الحَقِّ وَلا إِلَى نَائِبِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمْرِ القَاضِي لِأَنَّ القَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ المُودِعُ وَالمَدْيُونُ جاحِدَيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَاحِدَيْنِ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنْ مُسْتَحِقِّي النَّفَقَةِ خَصْمًا فِي ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَدَّعِيه لِلْغَائِبِ لَمْ يَتَعَيَّنْ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ، لِأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا المَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَفْقُودِ.

قَالَ: (وَلا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا مَضَى أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَتَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - هَكَذَا قَضَى فِي الَّذِي اسْتَهْوَاهُ الجِنُّ بِالمَدِينَةِ وَكَفَى بِهِ إِمَامًا، وَلِأَنَّهُ

الزوجية ظاهرة عند القاضي.

قوله: هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وقال زفر رحمه الله: لا ينفق منها عليهم؛ لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم عن الغائب، ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عليه خصم حاضر، ولكنا نقول: المودَع مقر بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود.

قوله: لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ هَكَذَا قَضَى فِي الَّذِي اسْتَهْوَتْهُ الجِنُّ، أي: جرته إلى المهاوي، وهي المساقط والمهالك، كما يقال: استغوته أي: جرته إلى الغواية، كذا في «التيسير».

وقصته ما ذكر في «المبسوط»: عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: أنا لقيتُ المفقود فحدثني حديثاً، قال: أكلتُ حريرًا في أهلي ثم خرجتُ فأخذني نفر من الجن، فمكثتُ فيهم

مَنَعَ حَقَّهَا بِالغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالإِيلَاءِ وَالعُنَّةِ، وَبَعْدَ هَذَا الِاعْتِبَارِ أَخَذَ المِقْدَارَ مِنْهُمَا الأَرْبَعَ مِنَ الإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ العُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي امْرَأَةِ المَفْقُودِ: «أَنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا البَيَانُ»، وَقَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهَا: هِيَ امْرَأَةٌ أُبْتُلِيَتْ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى يَسْتَبِينَ مَوْتٌ أَوْ طَلَاقٌ،

ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني، ثم أتوا بي قريبًا من المدينة فقالوا: أتعرف النخيل، فقلتُ: نعم، فخلوا عني فجئتُ، فإذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أبان امرأتي بعد أربع سنين، وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت، فخيَّرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها عليَّ وبين المهر.

وأهل الحديث يروون في هذا الحديث أن عُمر رضي الله عنه همَّ بتأديبه حين رآه وجعل يقول: يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره، فقال: لا تجعل عليَّ يا أمير المؤمنين، وذكر له قصته، وفي هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة في أنَّ الجن قد يتسلطون على بني آدم، وأهل الزيغ ينكرون ذلك على اختلاف بينهم، فمنهم من يقول: المستنكر دخولهم في الآدمي؛ لأن اجتماع زوجين في شخص واحد لا يتحقق، وقد يتصور تسلطهم على الآدمي من غير أن يدخلوا فيه، ومنهم من قال: هم أجسام لطيفة فلا يتصوَّر أن يحملوا جسمًا كثيفًا من موضع إلى موضع، ولكنَّا نأخذ بما ورد به الآثار، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم»، وقال صلَّى الله عليه وسلم: «إنه يدخل في رأس الإنسان فيكون على قافية رأسه»، فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك.

قوله: اعْتِبَارًا بِالإِيلَاءِ وَالعُنَّةِ، والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها، وبين المولى وامراته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين، فيعتبر في حقه المدتان في التربص، وذلك في أن يجعل مكان الشهور سنين، فلهذا يتربص بأربع سنين.

خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْمَرْفُوعِ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ وَالْغَيْبَةُ لَا تُوجِبُ الْفُرْقَةَ وَالْمَوْتُ فِي حَيِّزِ الِاحْتِمَالِ فَلَا يُزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْإِيلَاءِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعَجَّلًا فَاعْتُبِرَ فِي الشَّرْعِ مُؤَجَّلًا فَكَانَ مُوجِبًا لِلْفُرْقَةِ، وَلَا بِالْعُنَّةِ لِأَنَّ الْغَيْبَةَ تَعْقُبُ الْعَوْدَةَ، وَالْعُنَّةُ قَلَّمَا تَنْحَلُّ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ،

قوله: خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْمَرْفُوعِ، أي: إلى النبى صلَّى الله عليه وسلم، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ»، وهذا مجمل في أن إتيان البيان بأي طريق يكون؟ فبيَّن علي رضي الله عنه ذلك المجمل **بقوله:** حَتَّى يَسْتَبِينَ مَوْتٌ أَوْ طَلَاقٌ.

قوله: وَعُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وذكر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي رضي الله عنهما: عن امرأة أَبِي كَنَفٍ، والمفقود، والمرأة تزوجت في عدتها، فمسألة المفقود هي التي ذكرت، وأمَّا غيرها فمذكور في «المبسوط».

قوله: وَالْعُنَّةُ قَلَّمَا تَنْحَلُّ، فلذلك أوجبت الفرق؛ لأن الانحلال قليل بخلاف الغيبة.

قوله: وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ، وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم، فإنَّهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة؛ لأن اجتماع النحسين يحصل بالطبائع الأربعة في هذه المدة، ولا بدَّ من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموتُ، ولكن خطأهم في ذلك قد تبيَّن للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عُمر بعض من كان قبلنا كنوح صلوات الله عليه وغيره، فلا يعتمد على هذا القول.

وَفِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ، وَفِي المَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ،

قوله: وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ، فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيًّا يحكم بموته؛ لأن ما يقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادرٌ، وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر.

قوله: وَفِي المَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ بِمِائَةِ سَنَةٍ؛ لأن الظاهر أنَّ أحدًا في زماننا لا يعيش أكثر من مائة سنة، ويحكى أنه لمَّا سُئل عن معنى هذا قال: أبينه لكم بطريق محسوس، فإن المولود إذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا، وعقد عشرًا، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا، وعقد عشرين، فإذا كان ابن ثلاثين يستوي بكرًا هكذا، وعقد ثلاثين، فإذا كان ابن أربعين يحمل عليها الأثقال هكذا، وعقد أربعين، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا، وعقد خمسين، فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا، وعقد ستين، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا، وعقد سبعين، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا، وعقد ثمانين، فإذا كان ابن تسعين تنضم أمعاؤه هكذا، وعقد تسعين، فإذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى، وهذا يحمل من أبي يوسف على سبيل المطالبة، لا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا.

وهو نظير ما نُقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سُئل عن بنات العشر من النساء فقال: لهو اللاهين، فسئل عن بنات العشرين، فقال: لذة المعانقين، فسئل عن بنات الثلاثين فقال: تنزو وتلين، فسُئل عن بنات الأربعين فقال: ذات مال وبنين، فسئل عن بنات الخمسين، فقال: عجوز في الغابرين، فسئل عن بنات الستين فقال: لعنة اللاعنين.

وكان محمد بن سلمة رحمه الله يفتي في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه، فإنه عاش مائة وسبع سنين، فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء؛ لأن نصب

وَالأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ، وَالأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ اعْتَدَّتِ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ.

(وَيُقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ مُعَايَنَةً إِذِ الحُكْمِيُّ مُعْتَبَرٌ بِالحَقِيقِيِّ (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَيَاتُهُ مَعْلُومَةً (وَلا يَرِثُ المَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ) لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلِكَ الوَقْتِ بِاسْتِصْحَابِ الحَالِ وَهُوَ لا يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ (وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ المُوصِي) ثُمَّ الأَصْلُ

المقادير بالرأي لا يكون ولا نصَّ فيه، ولكن نقول: إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارًا لحاله بحال نظائره، هذا كله في «المبسوط».

قوله: وَالأَقْيَسُ، تفضيل المقيس، كالأشهر في تفضيل المشهور، هكذا كان بخطِّ شيخي رحمه الله، أي: لا يفضل على المفعول إلا على طريق الشذوذ كقولهم: أشغل من ذات النحيين، وهذا من تلك الشذوذ.

قوله: وَالأَقْيَسُ أَنْ لَا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ، أي: بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين، ولكن يقدر بموت الأقران؛ لأنه لو لم يقدر بشيء أصلًا يتعطل حكم المفقود.

قوله: مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ، أي: من ذلك الوقت الذي يحكم القاضي بموته.

قوله: وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ، أي: لم يرث منه الذي مات قبل ذلك الحكم بموته من المفقود؛ لأن المفقود قبل الحكم بموته حيٌّ حكمًا، فلا يرث أحد من الحي الحكمي، كما لا يرث من الحي الحقيقي.

قوله: وَلا يَرِثُ المَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ، ولكن يوقف نصيبه على ما يجيء على ذلك من المسائل؛ وذلك لأن المفقود حيٌّ في مال نفسه موقوف الحكم في حق غيره.

قوله: وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ المُوصِي، أي: لا يصح الوصية بل يوقف.

أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ المَفْقُودِ وَارِثٌ لا يُحْجَبُ بِهِ وَلَكِنَّهُ يُنْتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ يُعْطَى أَقَلَّ النَّصِيبَيْنِ وَيُوقَفُ البَاقِي وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ لا يُعْطَى أَصْلًا، بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَنِ ابْنَتَيْنِ وَابْنٍ مَفْقُودٍ وَابْنِ ابْنٍ وَبِنْتِ ابْنٍ وَالمَالُ فِي يَدِ الأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا

وذكر في «الذخيرة»: وإذا أوصى رجل للمفقود بشيءٍ فإنِّي لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذا في الوصية.

قوله: وَالمَالُ فِي يَدِ الأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَى فَقْدِ الِابْنِ، أي: تصادق الورثة المذكورون والأجنبي، وإنما قيِّد بالتصادق؛ لأنه إذا قال الأجنبي الذي في يده المال: قد ماتَ المفقود قبل ابيه، فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى الابنتين؛ لأن إقرار ذي اليد فيما في يده معتبر، وقد أقرَّ بأن ثلثي ما في يده للابنتين، فيجبر على تسليم ذلك إليهما، ولا يمتنع صحة إقراره بقول أولاد الابن: أبونا مفقود؛ لأنَّهم لا يدعون لأنفسهم بِهذا القول شيئًا، ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه، هذا إذا أقرَّ من في يده المال، أمَّا لو جحد أن يكون للميت المال في يده، فأقامت الابنتان البينة أن أباهم ماتَ وترك هذا المال ميراثًا لهما ولأخيهما المفقود، فإن كان حيًّا فهو الوارث معهما، وإن كان ميتًا فولده الوارث معهما، فإنه يدفع إلى الابنتين النصف؛ لأنَّهما بهذه البينة تثبتان الملك؛ لأنَّهما في هذا المال، والأب ميت، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت في إثبات الملك له بالبينة، وإذا ثبتَ ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف، ويوقف النصف الباقي على يدي عدل؛ لأن الذي في يده جحد فهو غير مؤتمن عليه، هذا إذا كان المال في يد أجنبيٍّ، وأمَّا لو كان في يد الابنتين والمسألة بحالها فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئًا للمفقود.

ومراده بِهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئًا من أيديهما؛ لأن النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه، ويريد بقوله: ولا يقف منه شيئًا للمفقود، أي: لا يجعل شيئًا ممَّا في يد الابنتين ملكًا للمفقود على الحقيقة، وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود، فطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا أنَّ الابن مفقودٌ، فإنه يُعطى للابنتين النصف وهو

عَلَى فَقْدِ الِابْنِ وَطَلَبَتِ الِابْنَتَانِ المِيرَاثَ تُعْطَيَانِ النِّصْفَ لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصْفُ الآخَرُ وَلا يُعْطَى وَلَدَ الِابْنِ لِأَنَّهُمْ يُحْجَبُونَ بِالمَفْقُودِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا فَلَا يَسْتَحِقُّونَ المِيرَاثَ بِالشَّكِّ.

(وَلا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ) وَنَظِيرُ هَذَا الحَمْلُ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الفَتْوَى، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِنْ كَانَ لا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلا يَتَغَيَّرُ بِالحَمْلِ يُعْطَى كُلٌّ نَصِيبَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالحَمْلِ لا يُعْطَى،

أدنى ما يصيبهما، ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما؛ لأنه لا يدري من المستحق لهذا الباقي، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: تُعْطَيَانِ النِّصْفَ لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ؛ لأنا لوقدرنا الابن المفقود ميتاً كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقناً به.

قوله: وَنَظِيرُ هَذَا الحَمْلُ، أي: في حق وقف النصيب.

قوله: عَلَى مَا عَلَيْهِ الفَتْوَى، هذا احتِراز عمَّا رُوي عن أبي حنيفه رضي الله عنه أنه يوقف للحمل ميراث أربع بنتين، واحتِراز عمَّا رُوي عن محمد رحمه الله، فإنه رُوي عنه في ذلك روايتان: في رواية يوقف نصيب ثلاثة بنين، وفي رواية يوقف نصيب اثنين، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عن أبي يوسف أنه يوقف نصيب ابنٍ واحدٍ، وعليه الفتوى، كذا في «التَّتمَّة».

قوله: وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ، أي: مع الحمل.

قوله: وَلا يَتَغَيَّرُ بِالحَمْلِ يُعْطَى كُلٌّ نَصِيبَهُ، حتى إذا ترك امرأةً حاملًا وجدةً، فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فريضتها بالحمل، وكذلك إذا ترك ابناً وامرأةً حاملًا، فإنه تعطى المرأة الثمن؛ لأنه لا يتغير فريضتها.

قوله: وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالحَمْلِ لا يُعْطَى، وذلك كابن الابن أو الأخ أو العم، حتى

وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطِي الأَقَلَّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي المَفْقُودِ وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى بِأَتَمَّ مِنْ هَذَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أنه لو ترك امرأةً حاملًا أو أخـًا أو عمًّا لا يعطى الأخ والعم شيئـًا؛ لأن من الجائز أن يكون الحمل ابنـًا فيسقط معه الأخ والعم، فلمَّا كان ممَّن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكـًا، فلا يعطى شيئـًا لذلك.

قوله: وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطِي الأَقَلَّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، كالزوجة والأم، فإنه إن كان الحمل حيًّا ترث الزوجة الثمن والأم السدس، وإن لم يكن حيًّا فهما ترثان الربع والثلث، فيعطيان الثمن والسدس للتيقن.

قوله: كَمَا فِي المَفْقُودِ، وهو أنه إذا مات الرجل وترك جدةً وابنًا مفقودًا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل؛ لأنه لا يتغير نصيبها، وكذلك لو ترك أخـًا وابنـًا مفقودًا لا يعطى للأخ شيءٌ، وكذلك لو ترك أبـًا وابنـًا مفقودًا، فإنه إن كان المفقود حيًّا تستحق الأم السُّدس، وإن كان ميتـًا تستحق الأم الثلث كما في الحمل، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الشِّرْكَةِ

(الشِّرْكَةُ جَائِزَةٌ)؛ «لِأَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ».

كتاب الشركة

للشركة مناسبة للقطة والإباق والمفقود من حيث أن المال أمانة في يد الشريك، كما أن اللقطة والعبد الآبق أمانة في يد الآخذ عند الإشهاد، ومال المفقود أمانة في يد من كان المال في يده، ولكن للشركة مناسبة خاصة للمفقود من حيث أن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة، وفي الشركة اختلاط المالين، فلذلك ذكرها عقيب المفقود دون غيره، وقدم المفقود عليها؛ لأن للمفقود مناسبةً خاصةً للإباق من حيث شمول عرضية التوى فيهما على ما ذكرنا.

ثم محاسن الشركة ما هو محاسن البيوع فنذكرها فيها إن شاء الله تعالى.

اعلم أن الشركة عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدًا، بحيث لا يُعرف أحد النصيبين من الآخر، ومنها الشَّرَكُ بالتحريك: حبالة الصائد؛ لأن فيه اختلاط بعض حَبْله بالبعض، ثم يطلق اسم الشركة على العقد، وهو عقد الشركة وإن لم يوجد اختلاط النصيبين؛ لأن العقد سببٌ له، وركنها في شركة الملك اجتماع النصيبين.

وذكر في الكتاب ركن شركة العقود وشرطها، وأمَّا حكمها فهو الشركة في الربح مع الشركة في رأس المال فيما كان بناؤها على المال، وبهذا يقع الاحتراز عن حكم المضاربة.

قوله: الشِّرْكَةُ جَائِزَةٌ، وذكر في «المبسوط»: الأصل في جواز الشركة ما روى السائب بن شريك: «أنه جاء إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم فقال: أتعرفني؟ قال: فكيف لا أعرفك

قَالَ: (الشِّرْكَةُ ضَرْبَانِ: شِرْكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشِرْكَةُ عُقُودٍ، فَشِرْكَةُ الأَمْلَاكِ: العَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالأَجْنَبِيِّ) وَهَذِهِ الشِّرْكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ كَمَا إِذَا اتَّهَبَ رَجُلَانِ عَيْنًا أَوْ مَلَكَاهَا بِالِاسْتِيلَاءِ أَوِ اخْتَلَطَ مَالُهُمَا مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدِهِمَا أَوْ بِخَلْطِهِمَا خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا، أَوْ إِلَّا بِحَرَجٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِنْ غَيْرِ شَرِيكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الخَلْطِ وَالِاخْتِلَاطِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

وكنت شريكي، وكنت خير شريك، لا تداري، ولا تماري»، أي: لا تلاحّ ولا تخاصم، وبعث رسول الله صلَّى الله عليه وسلم والناس يفعلون فأقرَّهم عليه، وقد تعاملها الناس من لدن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر.

قوله: وَهَذِهِ الشِّرْكَةُ - أي: شركة الأملاك - تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ، فإن المذكور في الكتاب شيئان لا غير:

أحدهما: العين يرثها رجلان، والثاني: العين يشتريها الرجلان.

قوله: أَوْ بِخَلْطِهِمَا خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا - أي: أصلًا كخلط الحنطة بالحنطة - أَوْ إِلَّا بِحَرَجٍ، كخلط الحنطة بالشعير.

قوله: فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ، من إرث الرجلين واشترائهما، وإثباتهما، واختلاط ماليهما، وخلطهما ماليهما.

قوله: إِلَّا فِي صُورَةِ الخَلْطِ وَالِاخْتِلَاطِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، أي: لا يجوز البيع من الأجني إلا بإذن شريكه.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، والفرق هو أن خلط الجنس بالجنس على سبيل

(وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شِرْكَةُ العُقُودِ، وَرُكْنُهَا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا وَيَقُولُ الآخَرُ قَبِلْتُ) وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ المَطْلُوبُ مِنْهُ.

التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط إلى الخالط، فإذا حصلَ بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتًا من وجه دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلًا إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي، غير زائلٍ في حق البيع من الشريك، كأنه يبيع ملك نفسه عملًا بالشبهين، هكذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

ولأن الشركة إذا كانت من الابتداء بينهما بأن اشتريا حنطةً أو ورثاها، كان كل حبَّة يشار إليها مشتركة بينهما، فبيع أحدهما نصيبه منها بيع نصيبه منها مُشاعًا، فهو جائز سواء كان بيعُه من صاحبه أو من الأجنبي، أمَّا إذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط أو الاختلاط، فكل حبَّة يشار إليها ليست بمشتركة بينهما؛ لأن تلك الحبَّة بجميع أجزائها تكون لأحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها، فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الأجنبيِّ؛ لأنه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لا جزءًا ولا كُلًّا؛ لما أن كل حبة ليست بمشتركة بينهما، فيتوقف جواز بيعه من الأجنبي إلى إذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره، أمَّا إذا كان بيعُه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة» في كتاب القضاء.

قوله: شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا، أي: في البزازي، أو في البقالي، أو في عموم التجارات.

قوله: وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ، **قوله:** المَعْقُودُ عَلَيْهِ، صفة التصرف، و: عَقْدَ، نصب على المصدر، و: قَابِلًا، نصب على أنه خبر كان؛ ثم في **قوله:** قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ، احتراز عن الشركة في التكدي، والاحتشاش، والاحتطاب، والاصطياد، فإن الملك في هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصًا، لا على وجه الاشتراك، أي: شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة، ثم شركة المفاوضة من بينهما مخصوصة

(ثُمَّ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وَعِنَانٌ، وَشِرْكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشِرْكَةُ الْوُجُوهِ، فَأَمَّا شِرْكَةُ الْمُفَاوَضَةِ فَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا وَتَصَرُّفِهِمَا وَدَيْنِهِمَا) لِأَنَّهَا شِرْكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرَ الشِّرْكَةِ إِلَى صَاحِبِهِ عَلَى الإِطْلَاقِ إِذْ هِيَ مِنَ الْمُسَاوَاةِ، قَالَ قَائِلُهُمْ:

لا يُصْلِحُ النَّاسَ فَوْضَى لا سُرَاةَ لَهُمْ * وَلا سُرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

يتضمن عقد الكفالة.

ثم علَّل تضمن هذه العقود الوكالة **بقوله**: لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ المَطْلُوبُ مِنْهُ، أي: من عقد الشركة، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة؛ لأن من حكم الشركة ثبوت الشركة في المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركًا بينهما إلا وأن يكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف، وفي النصف عامل لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركًا بينهما، فصار كل واحدٍ وكيلًا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة، وإنما اختصت المفاوضة من بينهما بتضمن الكفالة؛ لأنها تقتضي المساواة فيما يتصل بالتجارات من الضرر والنفع، وإنما يستويان في الضرر أن لو صار كل واحد منهما مطالبًا بسبب تجارة الآخر؛ إذ لو طولب الذي باشر العقد دون الآخر لفات المساواة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: ثُمَّ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، فوجه الانحصار فيها هو أنه إمَّا أن يذكر المال في عقد الشركة أم لا، فإن ذكرا فلا يخلو إمَّا أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أم لا، فإن لزم فالمفاوضة، وإلا فالعنان، وإن لم يذكر المال فلا يخلو إمَّا أن يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير أم لا، فالأول الصنائع، والثاني الوجوه.

قوله: قَالَ قَائِلُهُمْ: لا يُصْلِحُ النَّاسَ، البيت، فالقائل به الأفوه الأودي، وهو اسم شاعر وبعده:

تهدي الأمور بأهل الرأي ما صلحت * فإن تولت فبالجهال تنقاد

أَيْ مُتَسَاوِينَ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً،

يقال: الناس فُوضى في هذا الأمر، أي: سواء لا تباين بينهم، والسُّراة جمع السري لا يعرف غيره، والله أعلم، وهو جمع عزيز في أن يجمع فعيل على فعلة.

والسَّرو: سخاء في مروءة، يقال: سَرَى يَسْري، وسَرِي بالكسر يَسْرِي سروًا فيهما، وسرو يسرو سراوةً، أي: صار سريًّا، وقال:

وترى السريَّ من الرجال بنفسه * وابن السريِّ إذا سَرَى أَسْرَاهُما

كذا في «الصحاح».

وجعل في «المفصل» السُّراة اسم جمع للسريِّ، كرُكب في راكب، وسَفر في مسافر.

ومعنى البيت: لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات، فإنَّهم إذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم؛ لأنه إذا لم يكن فيهم أمير يُطاع في أمره ونَهْيه كان كل واحد منهم مستقلًّا برأيه، فتتحقق المنازعة، فكان معنى البيت إشارةً إلى دلالة التوحيد المستفادة من قوله تعالى: ﴿لَوۡ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَاۚ﴾ [الأنبياء: ٢٢].

وذكر في «المبسوط»: وأمَّا المفاوضة فقد قيل: اشتقاقها من التفويض، فإن كل واحدٍ منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لأن المفاوضة من العقود الجائزة، فإن لكل واحدٍ منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة، فكان لدوامها حكم الابتداء، وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء، فقال في «الإيضاح»:

وإذا زاد أحد المالين على الآخر قبل الشراء، يجوز أن يكون مال أحدهما دراهم والآخر دنانير، فازداد قيمة أحدهما بعد عقد المفاوضة قبل الشراء، فالمفاوضة منتقضة؛ لأن عقد الشركة عقد جائز وليس بلازم، وما كان جائزًا فلبقائه حكم الابتداء ما لم يتم المقصود، والمقصود إنَّما يتم بالشراء، فإذا زال التساوي قبل الشراء انتقض العقد.

وَذَلِكَ فِي المَالِ، وَالمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَلا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ، لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لا يَمْلِكُ الآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلِكَ فِي الدَّيْنِ لِمَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لا تَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا أَعْرِفُ مَا المُفَاوَضَةُ، وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا تَضَمَّنَتِ الوَكَالَةَ بِمَجْهُولِ الجِنْسِ وَالكَفَالَةَ بِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ، وَجْهُ الاِسْتِحْسَانِ قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ

قوله: وَذَلِكَ - أي: تحقيق المساواة - فِي المَالِ - أي: في المال، وفي التصرف، وفي الدين على ما يأتي - وَالمُرَادُ بِهِ - أي: بالمال الذي يشترط في المساواة - مَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ - أي: ما يصح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير - وَلا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لا يَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، كالعروض والديون.

وذكر في «الإيضاح»: ولا بدَّ من المساواة في المال الذي يصح لانعقاد الشركة عليه؛ لأن أحدهما إذا انفرد بمال يصح فيه الشركة زال معنى المساواة، أمَّا لو تفاضلا في الأموال التي لا تصح الشركة فيها كالعروض والعقار والديون جازت شركة المفاوضة؛ لأن الانفراد بذلك لا يبطل التساوي في عقد المفاوضة.

وذكر في «الذخيرة»: حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس، لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لا يَمْلِكُهُ الآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، فلذلك لم ينعقد بين الحرِّ والمملوك، وكذلك لم ينعقد بين الصبي والبالغ لتفاوتهما في التصرف على ما يجيء.

قوله: وَالكَفَالَةُ لِمَجْهُولٍ، باللام، فإن الكفالة بمجهول لمعلوم جائز كما في قوله: ما ذاب عليك فعلي، وإنما لا يجوز الكفالة للمجهول.

قوله: وَكُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهِ فَاسِدٌ، أي: كل ذلك من الوكالة والكفالة في المجهول

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «فَاوِضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ» وَكَذَا النَّاسُ يُعَامِلُونَهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ وَبِهِ يُتْرَكُ القِيَاسُ، وَالجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَةِ.

(وَلا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ المُفَاوَضَةِ) لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ العَوَامِّ، حَتَّى لَوْ بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ تَجُوزُ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المَعْنَى.

قَالَ: (فَتَجُوزُ بَيْنَ الحُرَّيْنِ الكَبِيرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ لِتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيْضًا) لِمَا قُلْنَا (وَلا تَجُوزُ بَيْنَ الحُرِّ وَالمَمْلُوكِ

فاسد، حتى لو وكل رجلًا وقال: وكلتُك بالشراء أو بشراء الثوب فهو فاسد، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطلٌ، فالكفالة للمجهول بالمجهول أَوْلَى أن يكون باطلًا.

فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر: وكلتك في مالي اصنع ما شئتَ، يجوز له أن يتصرف في ماله، قلنا: العموم ليس بمراد هاهنا، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عامًّا يكون توكيلًا لمجهول الجنس، فلا يجوز.

قوله: وَالجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَةِ، يعني: الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة، وهي جائزة هناك تبعـًا، فكذا هاهنا.

وذكر في «المبسوط»: فإن التوكيل بشراء شيءٍ مجهول الجنس لا يصح مقصودًا، وأمَّا ضمنـًا فيصح حتى صحت شركة العنان وإن تضمنت ذلك؛ لأن ما يشتريه كل واحدٍ منهما غير مسمى عند العقد، فكذلك المفاوضة.

قوله: لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المَعْنَى، دون اللفظ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصيل كفالة.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو **قوله:** لِتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، أي: في كونهما ذميين.

قوله: وَلا تَجُوزُ - أي: المفاوضة - بَيْنَ الحُرِّ وَالمَمْلُوكِ وَلا بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالبَالِغِ، وكذلك لا يصح بين العبدين والمكاتبين والصبيين على ما ذكر في الكتاب بعد هذا.

وَلا بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالبَالِغِ) لِانْعِدَامِ المُسَاوَاةِ، لِأَنَّ الحُرَّ البَالِغَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالكَفَالَةَ، وَالمَمْلُوكُ لا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى، وَالصَّبِيُّ لا يَمْلِكُ الكَفَالَةَ وَلا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ إِلَّا بِإِذْنِ الوَلِيِّ.

قَالَ: (وَلا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرِ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِزِيَادَةِ تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا كَالمُفَاوَضَةِ بَيْنَ الشَّفْعَوِيِّ وَالحَنَفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ، وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ لا يَهْتَدِي إِلَى الجَائِزِ مِنَ العُقُودِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الذِّمِّيَّ لَوِ اشْتَرَى بِرَأْسِ المَالِ خُمُورًا

قوله: كَالمُفَاوَضَةِ بَيْنَ الشَّفْعَوِيِّ - والصَّواب: بين الشافعي المذهب - وَالحَنَفِيِّ، وهو المنسوب إلى أبي حنيفة رحمه الله، فالنسبة إلى فعيلة فعلى، بحذف ياء فعيلة كمدنِيّ، وأمَّا النسبة إلى الفعيل بدون الهاء كالحنيف فلا يغيّر، ويقال: حنيفي، كذا في «ذيل المغرب».

قوله: وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، أي: عمدًا، فإن الشافعي المذهب يعتقد المالية في متروك التسمية عمدًا، والحنفي لا يعتقد، ومع ذلك يجوز المفاوضة بينهما.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ، أي: مشاركة المسلم الذمي؛ لأن الذمي لا يتوقى العقود الفاسدة فلا يؤمن أن يؤكله حرامًا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، إلى آخره.

فإن قيل: المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنَّهما لا يتساويان في التصرف، فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة؛ لأنه يعتقد فيها المالية، والكتابي لا يتصرف، وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح، والمجوسي لا يؤاجر نفسه لذلك؛ لأن ذبيحته لا تحل، وكذلك شافعي المذهب مع الحنفي، مع أنَّهما متفاوتان على ما مرَّ.

أَوْ خَنَازِيرَ صَحَّ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُسْلِمٌ لا يَصِحُّ.

(وَلا يَجُوزُ بَيْنَ العَبْدَيْنِ وَلا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ وَلا بَيْنَ الْمُكَاتَبَيْنِ) لِانْعِدَامِ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُفَاوَضَةُ لِفَقْدِ شَرْطِهَا، وَلا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي العِنَانِ، كَانَ

قلنا: أمَّا مسألة الموقوذة فإن من يجعل الموقوذة مالًا متقومًا في حقهم لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي، فيتحقق المساواة في التصرف، وأمَّا مسألة مؤاجرة نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى؛ لأن كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه، وإجارة المجوسي نفسه للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر، وإن كان لا تحل ذبيحته، وأمَّا مسألة الحنفي والشافعي فإن المساواة بينهما ثابتة؛ لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمدًا ليس بمال متقوم، ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفي والشافعي جميعًا؛ لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة، فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف، كذا في «المبسوط».

وأمَّا المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما في قولهم، هكذا ذكر أبو الحسن، وذكر في «الأصل» قياس قول أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ، أي: وإن أذن لهما أبوهما؛ لأن مبنى المفاوضة على الكفالة، وهما ليسا من أهل ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: إِذْ هُوَ، أي: العنان، وبه صرح في «المبسوط» فقال: إن العنان قد يكون عامًّا، وقد يكون خاصًّا، بخلاف المفاوضة فإنَّها عام لا غير.

وقال في «الإيضاح»: كل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة، وذلك ليس بشرط في العنان كانت الشركة شركة عنان؛ لأن شركة المفاوضة أعم، أي: في الشروط من شركة العنان، فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص، فإذا بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص، فجاز إثبات العنان بلفظ العموم.

وقوله: وَلا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي العِنَانِ، من صورة المسألة.

عِنَانًا لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ العِنَانِ، إِذْ هُوَ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُون عَامًّا.

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ) أَمَّا الوَكَالَةُ فَلِتَحَقُّقِ المَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الكَفَالَةُ: فَلِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوَاجِبِ التِّجَارَاتِ وَهُوَ تَوَجُّهُ المُطَالَبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا.

قَالَ: (وَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ)

قوله: وَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ، أي: المفاوضة تنعقد عليهما، ثم اختصاص المفاوضة هاهنا إنَّما كان بالكفالة لا غير، وأمَّا الوكالة فعامة في جميع شركة العقود.

ومعنى الكفالة هاهنا هو أن يُطالَب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشر به الآخر، وأمَّا إذا كفل أحدهما عن أجنبي بمال هل يلزم الشريك الآخر؟ فهو مختلف فيه، ويجيء ذلك بعيد هذا.

وذكر في «الإيضاح»: إن الوكالة ثابتة في كل شركة، وإنما اختص هذا العقد، أي: عقد المفاوضة، بمعنى وهو الكفالة، فإن كل واحد منهما يصير كفيلًا عن صاحبه بما يلزمه من الحقوق بما يتجران فيه؛ لأن معرف العموم لا يظهر لأجل الوكالة، فإن عقد العنان يجوز أن ينعقد على كل التجارات، وإنما يظهر معنى العموم بالكفالة حتى يؤاخذ كل واحد منهما بما يعقد صاحبه فيتحقق معنى العموم.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أراد به **قوله:** لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا.

قوله: إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ، ... وَكَذَا الإِدَامُ، وكذلك الخادمة التي يطؤها، فإنِّي أجعل ذلك لمن كان في يده، ولا أجعله في الشركة استحسانًا، وفي القياس يدخل هذا في الشركة؛ لأنه مال في يد أحدهما، وهو حاصل بالتصرف، وكل واحد منهما في التصرف قائم مقام صاحبه.

وجه الاستحسان أن هذه الأشياء مستثناة من عقد الشركة؛ لعلمنا بوقوع الحاجة لكل

وَكَذَا كِسْوَتُهُ، وَكَذَا الإِدَامُ لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ المُسَاوَاةُ، وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ، وَكَانَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا كَشِرَائِهِمَا، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنِ المُفَاوَضَةِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ مَعْلُومَةُ الوُقُوعِ، وَلا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَلا التَّصَرُّفُ مِنْ مَالِهِ، وَلا بُدَّ مِنَ الشِّرَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ ضَرُورَةً، وَالقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الشِّرْكَةِ لِمَا بَيَّنَّا. (وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ) المُشْتَرِي بِالأَصَالَةِ وَصَاحِبُهُ بِالكَفَالَةِ، وَيَرْجِعُ الكَفِيلُ عَلَى المُشْتَرِي بِحِصَّتِهِ مِمَّا أَدَّى لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا.

واحدٍ من المتفاوضين إليها مدة المفاوضة، ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريـًا لنفسه، وإذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة، فيبقى ظاهر الدعوى والإنكار، ويجعل القول قول ذي اليد لإنكاره، وكذلك الخادم يطؤها؛ لأن فعله محمول على ما يحل شرعـًا، ولا يحل له الإقدام على وطئها إلا إذا كان مختصًّا بملكها، كذا في «المبسوط».

وقوله: لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ، تعليل المستثنى منه وهو قوله: يَكُونُ عَلَى الشِّرْكَةِ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ المُسَاوَاةُ، إلى آخره.

قوله: وَلِلْبَائِعِ، أي: ولبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثمن الطعام والكسوة أيَّ الشريكين شاء، وإن لم يقع الطعام والكسوة على الشركة؛ لأن المشتري باشر سبب الالتزام، والآخركفيل عنه، وما لزمه بالشراء بسبب شركة المفاوضة، فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودًا بسبب على حدة فيطالبه كذلك؛ ولأن في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة، ولا ضرورة في أن لا يقع عقد أحد الشريكين متضمنـًا للكفالة، فتثبت الكفالة، فإذا أدّاه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدي على المشتري بقدر حصته من ذلك؛ لأن الثمن كان على المشتري خاصةً، وقد قضى من مال الشركة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قَالَ: (وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الِاشْتِرَاكُ فَالآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ) تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالبَيْعُ وَالِاسْتِئْجَارُ، وَمِنَ القِسْمِ الآخَرِ الجِنَايَةُ وَالنِّكَاحُ،

قوله: فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالبَيْعُ وَالِاسْتِئْجَارُ، هذا هو الصحيح من النُّسَخ، فصورة الاستئجار غير مخصوصة في حق ضمان الآخر، بأن يكون الاستئجار واقعًا على الشركة، بل إذا كان الاستئجار لحاجة نفس المستأجر خاصة يطالب الآخر بأداء أجرته أيضًا، فقال في «المبسوط»:

وصورة الاستئجار هي أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرًا في تجارتهما أو دابة أو شيئًا من الأشياء، فللمؤاجر أن يأخذ بالأجر أيّهما شاء؛ لأن الإجارة من عقود التجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه من التجارة، وكذلك إن استأجر لحاجة نفسه، أو استأجر إبلًا إلى مكة يحج عليها، فللمُكري أن يأخذ أيّهما شاء، إن شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد، وإن شاء أخذ شريكه بكفالته عنه، إلا أنَّ شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه؛ لأنه أدى ما كفل عنه بأمره، وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدَّى، وهو النصف، وأمَّا في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره؛ لأنه هو الملتزم بالعقد، وصاحبه ليس بكفيل عنه.

قوله: وَمِنَ القِسْمِ الآخَرِ الجِنَايَةُ، أي: الجناية على بني آدم، وأمَّا ضمان الغصب والاستهلاك فالآخر مطالب به عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما يجيء.

وذكر في «المبسوط»: وإذا ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأً لها أرش مقدر، واستحلفه البينة فحلف له، ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك، ولا خصومة له مع شريكه؛ لأن كل واحدٍ منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة، وأمَّا ما يلزم بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلًا به، ألا ترى أنه لو ثبت الجناية بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجبها، ولا خصومة للمجنى عليه معه فكذلك لا يحلف عليه؛ لأن الاستحلاف لرجاء النكول، وإقراره بالجناية على شريكه باطل،

وَالخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَعَنِ النَّفَقَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ كُفَّلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: لا يَلْزَمُهُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَأْذُونِ وَالمُكَاتَبِ، وَلَوْ صَدَرَ مِنَ المَرِيضِ يَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ وَصَارَ كَالإِقْرَاضِ وَالكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ.

وكذلك المهر والخلع والصلح من جناية العمد إذا ادَّعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر؛ لما بيَّنا.

بخلاف ما إذا ادَّعى على أحد المتفاوضين بيع خادم فجحد ذلك المتفاوضان، فللمدعي أن يحلف المدعى عليه البيع على البتات وشريكه على العلم؛ لأن كل واحد منهما لو أقرَّ بما ادَّعاه المدعي كان إقراره ملزمًا إيَّاهما، فإذا أنكر استحلف كل واحدٍ منهما لرجاء نكوله.

قوله: وَالخُلْعُ، فصورته ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها، فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها، وكذلك لو أقرَّت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها.

قوله: وَلَوْ صَدَرَ مِنَ المَرِيضِ، أي: الكفالة على تأويل عقد الكفالة، وإنما قيَّد بصدور الكفالة حالة المرض؛ لأن المريض لو أقرَّ بالكفالة السابقة في حالة الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع؛ لأن الإقرار بها يلاقي حال بقائها، وفي حال البقاء الكفالة مفاوضة على ما يجيء، والمسألة في «الأسرار».

قوله: وَصَارَ كَالإِقْرَاضِ، ومسألة الإقراض مختلف فيها أيضًا، ذكرها في «الإيضاح» فقال: وقال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقرض أحد المتفاوضين مالًا أو أعطاه رجلًا ثم أخذ سفتجة كان جائزًا عليهما ولا يضمن، تَوِيَ المالُ أو لم يَتْو، وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله أن الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه، قال: وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة، فمن مذهب أبي يوسف أن ضمان الكفالة ضمان تبرع، ولا يلزم الشريك

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً لِأَنَّهُ يَسْتَوْجِبُ الضَّمَانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا كَانَتِ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى البَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ المُفَاوَضَةُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِابْتِدَاءِ لَمْ تَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ وَتَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ مِنَ المَرِيضِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، وَأَمَّا الإِقْرَاضُ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ، وَلَوْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ فَيَكُونُ لِمِثْلِهَا حُكْمُ عَيْنِهَا لا حُكْمُ البَدَلِ حَتَّى لا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ فَلَا يَتَحَقَّقُ مُعَاوَضَةً، وَلَوْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ تَلْزَمْ صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ لِانْعِدَامِ مَعْنَى المُفَاوَضَةِ،

فكذا القرض، ومن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان الكفالة يلزم الشريك، والكفيل في حكم المقرض.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً، كالهبة بشرط العوض، فإنه تبرع في الابتداء، ثم إذا اتصل بها القبض من الجانبين كان مفاوضةً.

وذكر في «المبسوط»: أن إقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه مفاوضة، وعندهما لا يلزم شريكه؛ لأنه تبرع، ثم قال: وإذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه؛ لأنه متعد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة، ذكره في أول باب بضاعة المفاوض.

قوله: وَلَوْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ، أي: ولئن سلمنا أن إقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا: إنَّما لا يلزمه؛ لأن الإقراض إعارة لا معاوضة بدليل جوازه؛ إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربويَّة، فعُلم بِهذا أن لما يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه، لا حكم بدله كما في الإعارة الحقيقية.

وقوله: حَتَّى لا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ، أي: لا يلزم؛ لأن تأجيل الإقراض والعارية جائزٌ، ولكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل.

وَمُطْلَقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ مَحْمُولٌ عَلَى المُقَيَّدِ، وَضَمَانُ الغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً.

قَالَ: (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا يَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ أَوْ وَهَبَ لَهُ وَوَصَلَ إِلَى يَدِهِ بَطَلَتِ المُفَاوَضَةُ وَصَارَتْ عِنَانًا) لِفَوَاتِ المُسَاوَاةِ فِيمَا يَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ إِذْ هِيَ شَرْطٌ فِيهِ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا لِأَنَّ الآخَرَ لا يُشَارِكُهُ فِيمَا أَصَابَهُ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ،

قوله: وَمُطْلَقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ - أي: **قوله:** وَلَوْ كُفِّلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، - مَحْمُولٌ عَلَى المُقَيَّدِ، وهو الكفالة بأمر المكفول عنه وهو المديون؛ لأنه حينئذٍ يكون معاوضة انتهاءً، وإلا فهو تبرع ابتداءً وانتهاءً فلا يلزم شريكه.

قوله: وَضَمَانُ الغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ، وكذلك ضمان الخلاف في الوديعة أو العارية، والإقرار بهذه الأشياء أيضًا لا يلزم شريكه، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

ثم تخصيص قول أبي حنيفة في **قوله:** بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك، فإن في ضمان الغضب والاستهلاك محمدًا مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه، وفي الكفالة مع أبي يوسف كما ذكره في الكتاب.

لأبي يوسف في ضمان الغصب والاستهلاك أن هذا الضمان واجبٌ بسبب ليس هو بتجارة، فلا يلزم شريكه كأرش الجناية؛ ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة.

وهما يقولان: أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة، بدليل صحة إقرار المأذون به، وكونه مؤاخذًا به في الحال، وكذلك يصح إقرار الصبي المأذون والمكاتب به؛ وهذا لأنه بدل مال محتمل للشركة؛ لأنه إنما يجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للملك، ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان، ولمّا كان كذلك كان كل واحد من شريكي المفاوضة ملتزمًا له، فيجب عليه، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا، بالتنوين، أي: المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم

إِلَّا أَنَّهَا تَنْقَلِبُ عِنَانًا لِلْإِمْكَانِ، فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكْمَ الِابْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ.

والدنانير والفلوس النافقة، بَطَلَتِ الْمُفَاوَضَةُ.

قوله: وَلِدَوَامِهِ حُكْمَ الِابْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك.

فإن قلتَ: التعليل بعدم اللزوم في إثبات حكم الابتداء لدوامه منقوض بمسائل الإجارات، فإن الإجارة عقد لازم عند عامة العلماء خلافاً لشُريح رحمه الله، حتى لا ينفرد كل واحدٍ من المتعاقدين بالفسخ، ولو امتنع عن المضي على موجب العقد يجبره القاضي على المضي على موجب العقد، ومع ذلك إن لدوامها حكم الابتداء حتى أنَّها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين.

وذكر في «المبسوط»: قال مشايخنا رحمهم الله: إن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، على ما يجيء إن شاء الله تعالى، فعُلِم بِهذا أن كون العقد لازمًا لا يمنع أن يكون لدوام ذلك العقد حكم الابتداء، فحينئذٍ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لإثبات مدَّعاه، وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء؟

قلتُ: القياس في الإجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدومًا في الحال، فكانت بمنزلة العارية، إلا أن عقد الإجارة عقد معاوضة، واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين كما في البيع، وأمَّا انتقاض عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين وإن كان لازمًا، لما أن المستحق بالعقد المنافعُ التي تحدث على ملك الآجر، وقد فاتَ ذلك بموت الآجر، فيبطل الإجارة لفوات المعقود عليه؛ لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث، وكذا في موت المستأجر؛ لأنه لو بقي بعد موته إنما يبقى ملك المنفعة لوارثه، والمنفعة المجرَّدة لا تورث، ثم البطلان والانتقاض بالموت؛ لأنه لا يدل على أنه لم يكن لازمًا، ألا ترى أن الموصى له بالخدمة إذا ماتَ تبطل الوصية؛ لأن المنفعة لا تورث، ولكن حال حياة الموصى له فالوصية لازمة، فلمَّا كان الأمر هكذا كان تمكن

(فَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسُدُ الْمُفَاوَضَةُ) وَكَذَا الْعَقَارُ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشْتَرَطُ الْمُسَاوَاةُ فِيهِ.

انفراد أحد الشريكين بالفسخ دليلًا على أن لدوام عقد الشركة حكم الابتداء؛ ولأنه لمَّا لم يفسخ في الزمان الثاني مع تمكنه من الفسخ صار كأنه عقد ثانيًا وثالثًا، إلى أن يوجد الفسخ منهما أو من أحدهما، فصح التعليل به ليكون ذلك هو الأصل في العقود التي هي غير لازمة، كما في الوكالة والعارية والمضاربة.

قوله: فَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسُدُ بِهِ الْمُفَاوَضَةُ، وكذا لو ورث دينًا، وهو دراهم أو دنانير، لا تفسد به المفاوضة ما لم يقبض الديون؛ لأن هذه المفاوضة لا تمنع ابتداءً فكذا لا تفسد بقاءً، كذا في «الإيضاح»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: تَجُوزُ بِالعُرُوضِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ أَيْضًا إِذَا كَانَ الجِنْسُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّهَا عُقِدَتْ

فصلٌ

لمَّا ذكر اشتراط المساواة في شركة المفاوضة في رأس المال وربحه، احتاج إلى بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة، فبينه في هذا الفصل فقال: **وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالفُلُوسِ النَّافِقَةِ.**

فإن قلتَ: فقد ذكر في «المبسوط» أن شركة الوجوه وشركة التقبل كل واحدٍ منهما يكون مفاوضةً وعنانًا، وأشار إلى ذلك في الكتاب أيضــًا، فبعد ذلك كان ورود الشبهة من وجهين:

أحدهما: أن هذا اللفظ يقتضي أن لا تنعقد المفاوضة والعنان بدون الدراهم والدنانير؛ لأنَّهما من شركة العقود، فلما جوز المفاوضة والعنان في «المبسوط» في شركة الوجوه والتقبل كان مجوزًا للمفاوضة والعنان بدون المال؛ لأنه لا يشترط المال في شركة الوجوه والتقبل.

والثاني: أن هذا اللفظ يقتضي أن لا يجوز شركة الوجوه، والتقبل بدون المال؛ لأنَّهما من الشركة، وهذا اللفظ يقتضي استغراق عدم الجواز في الشركات كلها بدون هذه الأموال المعينة، ولا يجوز العناية بأن المراد **بقوله: وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ**، أي: شركة المفاوضة وحرف التعريف للعهد؛ لما أنَّ السباق والسياق ذكر في المفاوضة.

لأنا نقول: أن المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل، ولا يشترط فيهما المال فضلًا

عَلَى رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ فَأَشْبَهَ النُّقُودَ،

عن الأموال المعينة، فلا فائدة إذًا في تعيين المفاوضة بهذا اللفظ.

قلتُ: المراد من **قوله**: وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ، أي: شركة المفاوضة؛ لأن الكلام إلى هذا الفصل كان في أحكام المفاوضة، ثم بدأ بعد هذا أيضًا ببيان شركة العنان **بقوله**: وَأَمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ، إلى آخره، وذكر بعده: وَلَا يَصِحُّ - أي: شركة العنان - إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا، أن المفاوضة تصح به، وهذا نصٌّ في الباب على أن المراد **بقوله**: وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ، شركة المفاوضة.

فبعد ذلك معنى **قوله**: وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ، أي: شركة المفاوضة إذا ذكر فيها المال لا تنعقد إلا بهذه الأموال، وهي الدراهم والدنانير، لا أن يكون ذكر المال مشروطـًا فيها لا محالة، بل معناه: إذا ذكر فيها المال يجبُ أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير.

فكان هذا نظير قوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا مهر أقلَّ من عشرة دراهم»، أي: لو ذكر المهر في النكاح يجبُ أن لا يذكر أقلَّ من عشرة دراهم، لا أن يكون انعقاد النكاح موقوفـًا إلى ذكر عشرة دراهم من المهر، بل معناه: لو ذكر المهر في النكاح.

وكذلك قول أهل النحو: لا يجوز الاقتصار على أحد المفعولين في أفعال الشك واليقين، معناه: لو ذكر مفعولها لا يجوز الاقتصار على أحد المفعولين، وأمَّا لو لم يذكر مفعولاها جميعًا فيجوز كما في قولهم: من يسمع يخل.

ثم الشرط هو أن يكون رأس المال حاضرًا في المجلس، أو غائبـًا لكن يحضر عند الشراء، ولا يصلح أن يكون رأس المال دينًا، كذا في «فتاوى قاضي خان».

وذكر فى «الإيضاح»: والشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر، عنانًا كان أو مفاوضة، ولا يصح بمال غائب ولا دين، ثم قال: وتأويله أنه لا بدَّ من وجود المال عند الشراء، ولا يعتبر عند العقد، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفًا وقال: أخرج مثلها واشترِ بهما وبع، فما ربحت فهو بيننا، فأقام المأمور البينة أنه فعل جاز، وإن لم يكن المال موجودًا عند العقد، وإنَّما وجد عند الشراء.

بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَيُقْتَصَرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ، وَلَنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

قوله: بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ، يعني: أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير؛ لأن القياس يأبى جواز المضاربة لما فيها من ربح ما لم يضمن، فإن المال غير مضمون على المضارب، فكان ما حصل من الربح ربح مالي غير مضمون، فلا يستحقه رب المال؛ لأنه لم يعمل في ذلك الربح، فلا يصح إلا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير، وأمَّا في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال، فيستوي فيه العروض والنقود، كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شريكه فيصح.

وذكر في «المبسوط»: وعلى قول ابن أبي ليلى ومالكٍ هي صحيحة للتعامل، وحاجة الناس إلى ذلك، ولاعتبار شركة العقد بشركة الملك.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ، إلى آخره.

بيان هذا أن الرجلين لو عقدا عقد الشركة في العروض، ثم باعَ أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته، وباع الآخر بمثل قيمته، فلو صحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع أحدهما، فحينئذٍ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه، فيكون ذلك المال له ربح مال لم يضمن ولم يملك، وذلك لا يجوز بخلاف الأثمان؛ لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع، بل يثبت وجوب الثمن في الذمة؛ إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين، فلمَّا كان الثمن واجبًا عليهما في ذمتهما كان المثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة، فكان الربح ربح ما ضمن.

وذكر في «الإيضاح»: ولأن الربح إنما يطيب بالضمان، والضمان إنما يتحقق فيما لا يتعين بالتعيين، فإن الوكيل إذا اشترى بالدراهم والدنانير كان الثمن مضمونًا عليه يطالب بالإيفاء، فأمَّا ما يتعين بالتعيين كالعبد وغير ذلك، فلا يكون مضمونًا على الوكيل؛ فإنه لو هلك لم يلزمه ضمان، والربح لا يطيب إلا بضمان، ولهذا المعنى اختصَّ عقد الشركة بالدراهم والدنانير.

رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبْحُ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشْتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إِذْ هِيَ لا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبْحُ مَا يَضْمَنُ، وَلِأَنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي العُرُوضِ البَيْعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ المَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ جَائِزٌ، وَأَمَّا الفُلُوسُ النَّافِقَةُ فَلِأَنَّهَا تَرُوجُ رَوَاجَ الأَثْمَانِ فَالتَحَقَتْ بِهَا، قَالُوا: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِنْدَهُ حَتَّى لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَلا يَجُوزُ بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ بِأَعْيَانِهَا

قوله: وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ، أي: فضل أحد الثمنين على الآخر ما ذكرنا، وأمَّا تفاضلهما معًا فمحال.

قوله: وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لا يَجُوزُ؛ لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة، ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينًا، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح لم يضمن، فأمَّا الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته، فإذا شرط له بعض الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن؛ ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، فإن الربح لا يظهر إلا بعد سلامة رأس المال، والقيمة لا تعرف إلا بالحرز والظن، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: قَالُوا: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا الفلوس فالمشهور عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الشركة والمضاربة بها لا تجوز، وعند محمد تجوز.

قوله: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ بِأَعْيَانِهَا، أي: عند محمد؛ لأن من أصل محمد أن الثمنية تثبت بالإجماع، فلا يبطل باصطلاحهما، وإذا بقي معنى الثمنية لم يتعين بالتعيين، فصلحت رأس المال في الشركات والمضاربات كالدَّراهم والدنانير، وعندهما أن الثمنية ليست بلازمة لها وأنَّها تبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت بقيت عروضًا، كذا في «الإيضاح».

عَلَى مَا عُرِفَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى لا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ بِهَا لِأَنَّ ثُمَنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتَصِيرُ سِلْعَةً، وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، وَالأَوَّلُ أَقْيَسُ وَأَظْهَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى صِحَّةُ المُضَارَبَةِ بِهَا.

قَالَ: (وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ) وَالنُّقْرَةُ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هَكَذَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلا تَكُونُ المُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلِ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ) وَمُرَادُهُ التِّبْرُ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ التِّبْرُ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَلَا تَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ أَنَّ النُّقْرَةَ لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّى لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِهَا بِهَلَاكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَى تِلْكَ الرِّوَايَةِ تَصْلُحُ رَأْسَ المَالِ فِيهِمَا، وَهَذَا لِمَا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَيْنِ فِي الأَصْلِ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ

وقوله: بِأَعْيَانِهَا، إنما قيَّد بها ليظهر ثمرة الاختلاف؛ لأنه لو باع فلسين بواحدٍ من الفلوس نسيئةً لا يجوز بالاتفاق، فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد، وعند محمد لهذا ولمعنى الثمنية، وأمَّا إذا كانت بأعيانِها فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز لما ذكرنا.

قوله: وَالأَوَّلُ أَقْيَسُ، وهو كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأنَّهما لما اتفقا في جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة؛ لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة؛ لأنه لمَّا جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض، والعروض لا تصلح لرأس مال الشركة.

قوله: فِيهِمَا، أي: في الشركة والمضاربة.

قوله: إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ، وهو رواية «الجامع الصغير» بأنه لا يجوز الشركة بالمثاقيل، وجعل ذلك في «المبسوط» ظاهر الرواية.

أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ خُلِقَتْ لِلتِّجَارَةِ فِي الأَصْلِ لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ الْمَخْصُوصِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ لا تُصْرَفُ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا فَنَزَلَ التَّعَامُلُ بِمَنْزِلَةِ الضَّرْبِ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَيَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ. ثُمَّ قَوْلُهُ (وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ) يَتَنَاوَلُ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَالْعَدَدِيَّ الْمُتَقَارِبَ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحُ مَتَاعِهِ وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ اشْتَرَكَا فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مِلْكٍ لا شَرِكَةُ عَقْدٍ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَصِحُّ شَرِكَةُ الْعَقْدِ، وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَهُ أَبُو

قوله: لِأَنَّهَا، أي: لأن مثاقيل ذهب أو فضة.

قوله: إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا، أي: باستعمال المثاقيل، هذا استثناء عن **قوله:** إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ، يعني: أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح، إلا أن عند جريان التعامل باستعمالها، فحينئذٍ تجوز الشركة بها.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر ظاهر الرواية بأن الشركة لا يجوز بالتبر فقال: فقد جعل التبر في كتاب الصرف كالنقود حتى قال: لا يتعين بالتعيين، ثم قال: فالحاصل أن هذا يختلف باختلاف العُرف في كل موضع، فإن كانت المبايعة بين الناس في بلدةٍ بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين، وتجوز الشركة به، وإن لم يكن في ذلك عُرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به.

قوله: وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ، أي: لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط.

قوله: وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ وَاشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ،

يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بَعْدَ الخَلْطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبْلَهُ، وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا ثَمَنٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى جَازَ البَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ، وَمَبِيعٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ بِالإِضَافَةِ إِلَى الحَالَيْنِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ، وَلَوِ اخْتَلَفَا جِنْسًا كَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ فَخُلِطَا لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِهَا بِالِاتِّفَاقِ، وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ فَتَتَمَكَّنُ الجَهَالَةُ كَمَا فِي العُرُوضِ،

فعند أبي يوسف رحمه الله لا يستحق زيادة الربح، بل لكل واحدٍ منهما من الربح بقدر ملكه، وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله أن ما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود، وكذلك كل ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط؛ وهذا لأن قبل الخلط إنما لا تجوز شركة العقد بها؛ لأنَّها متعينة فتعيين رأس المال لا بدَّ منه في عقد الشركة وأعيانِها مبيعةٌ، وأول التصرف بها يكون بيعاً، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقررًا بالخلط؛ لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فتقرر المعنى المفسد لا يكون مصححاً للعقد.

ووجه قول محمد أن المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه، ألا ترى أن الشراء بِها دينًا في الذمة صحيح فكان ثمناً، وأن بيع عينها صحيح فكانت مبيعةً، وما تردد بين الأصلين يوفر حظه عليهما، فلشبهها بالعروض قلنا: لا تجوز الشركة بها قبل الخلط، ولشبهها بالأثمان قلنا: تجوز الشركة بِها بعد الخلط؛ وهذا لأن باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها، فيتوقف ثبوتُها على ما يقويها وهو الخلط؛ لأن بالخلط يثبت شركة الملك لا محالةَ، فيتأكد به شركة العقد لا محالة.

قوله: وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ، ألا ترى أنَّ من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته، وإذا لم يكن من ذوات الأمثال كان بمنزلة العروض، وأمَّا إذا كان الجنس واحدًا

وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكْمُ الخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ) قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ (وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ مِلْكٌ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ العُرُوضَ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ،

فالمخلوط من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفَ يضمن مثله، فيمكن تحصيل رأس مال لكل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل، هذا كله من «المبسوط».

قوله: وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الآخَرِ، وإنَّما يتبايعان على هذا الوجه احترازًا عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض، وهو أداؤه إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون، وما استحقه أحدهما فضلُ ربح مال صاحبه كان ربح ما لم يضمن على ما ذكرنا فلا يجوز، وأمَّا إذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف مال كل واحدٍ منهما على صاحبه مضمونًا بالثمن، وكان الربح الحاصل من ماليهما ربحَ مال مضمون عليهما فيجوز.

وذكر في «الذخيرة»: ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعيَّن في العقود أن يبيع كل واحدٍ منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، حتى صار مال كل واحدٍ منهما مشتركًا بينهما شركة ملكٍ، ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة إن شاء مفاوضةً وإن شاء عنانًا، وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا، ثم عقدا عليهما عقد الشركة مفاوضة وعِنانًا جاز، ويصير العروض رأس مال الشركة، والعروض بعد ما صار مشتركًا بينهما يصلح رأس مال الشركة، وإن كان قبل ذلك لا يجوز، ذكره الإمام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه.

قوله: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ، وهذا التأويل والذي ذكر بعده إنما يُحتاج إليه ليكون كل ما يجعلان رأس المال مضمونًا عليهما.

قوله: وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ، بيانُ ذلك:

وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ فَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ دُونَ الكَفَالَةِ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ فِي نَوْعِ بُرٍّ أَوْ طَعَامٍ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ وَلا يَذْكُرَانِ الكَفَالَةَ)، وَانْعِقَادُهُ عَلَى الوَكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقْصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَلا تَنْعَقِدُ عَلَى الكَفَالَةِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الأَعْرَاضِ يُقَالُ عَنَّ لَهُ: أَيْ عَرَضَ، وَهَذَا لا يُنْبِئُ عَنِ الكَفَالَةِ وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ

هو أن يكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة، وقيمة عرض الآخر مائة، يبيع صاحبُ الأقل أربعة أخماس، عرضه بخُمْس عَرض الآخر، فيصير المتاع كله أخماساً، ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

والعنان مشتق من قول القائل: عنَّ لي كذا، أي: عرض، قال امرؤُ القَيْس:

فَعَنَّ لَنَا سِرْبٌ كَأَنَّ نِعَاجَهُ * عَذَارَى دُوَارٍ فِي مُلَاءٍ مُذَيَّلِ

السرب: القطيع من الظباء والبقر، والجمع: أسرابٌ، والنِّعاج: جمع نَعْجة، وهي الأنثى من بقر الوحش، والعَذَارى: جمع العَذْراء من النساء، والدَّوار: بفتح الدال وضمها: صنمٌ كانت العرب تنصبُه وتدور حوله، والمُلاءُ: جمع الملاءة، والمذيلُ: الطويل الذيل.

وإنَّما ذكَّره حملًا على اللفظ، تقول: فظهر لنا قطيعٌ من بقر الوحش، كأنَّ إناث ذلك القطيع نساءٌ عَذارى يطُفْن حول حجرٍ منصوبٍ في مُلَاء طُوِّل ذُيُولها، شبه المَهَاء[1] في بياض ألوانِها بالعذارى؛ لأنه لا يغير ألوانَهنَّ حر الشمس وغيره، وشبَّه طول أذنابِها وسبوغ شعرها بالمُلاء المذيل، وشبَّه حُسْن ميلها بحُسْن تبَخْتُر العذارى في مَشْيهن.

وزعم بعض أهل اللغة أن هذا شيء أحدثه أهل الكوفة، ولم يتكلم به العرب، وليس كذلك فقد قال النابغة:

وَشَارَكْنَا قُرَيْشًا فِي تُقَاهَا * وَفِي أَحْسَابِهَا شِرْكُ الْعَنَانِ

---

(١) كتبت تحت السطر في نسخة عاطف أفندي (عط): أي ولد بقر الوحش.

لا يَثْبُتُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى اللَّفْظِ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي المَالِ) لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ مِنْ قَضِيَّةِ اللَّفْظِ المُسَاوَاةُ (وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي المَالِ وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا تَجُوزُ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ المَالَ إِذَا كَانَ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحَ أَثْلَاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَسْتَحِقُّهَا بِلَا ضَمَانٍ، إِذِ الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ المَالِ،

وقيل: هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يُمسك العنان بإحدى يديه ويعمل بالأخرى، وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه دون البعض الآخر؛ أو على معنى أن للدابة عنانَيْن أحدهما أطول والآخر أقصر، أو من قولهم: عنَّ له إذا ظَهرَ، سُمِّي عناناً؛ لأن الشركة لا تثبت على وصف العموم، وإنما تثبت في هذا القدر الذي يظهر لها، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«المغرب».

قوله: وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي المَالِ وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ، وذكر في «فتاوى قاضي خان»: فإن شرطا المساواة في الربح أو اشترطا لأحدهما فضل ربح، إن شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عَمِلَا جميعاً أو عمل أحدهما دون الآخر، وإن شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز أيضًا، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحاً لا يجوز.

وفي «الذخيرة»: والحاصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير، وإذا شرطا في هذه الشركة العملَ عليهما، وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة، ويكون الربح بينهما على ما شرطا وإن عمل أحدهما دون الآخر، وأمَّا إذا شرطا العمل على أحدهما إن شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز، ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعةً عند العامل، له ربحه وعليه وضيعته، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله يجوز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربةً، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعةً، لكل واحد منهما ربحُ ماله، والوضيعةُ بينهما على قدر رأس مالهما أبدًا.

وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ عِنْدَهُمَا فِي الرِّبْحِ لِلشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ، وَلِهَذَا يَشْتَرِطَانِ الخَلْطَ، فَصَارَ رِبْحُ المَالِ بِمَنْزِلَةِ نَمَاءِ الأَعْيَانِ فَيُسْتَحَقُّ بِقَدْرِ المِلْكِ فِي الأَصْلِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - «الرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَا، وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ» وَلَمْ يَفْصِلْ، وَلِأَنَّ الرِّبْحَ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالمَالِ يُسْتَحَقُّ بِالعَمَلِ كَمَا فِي المُضَارَبَةِ؛ وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحْذَقَ وَأَهْدَى وَأَكْثَرَ عَمَلًا وَأَقْوَى فَلَا يَرْضَى بِالمُسَاوَاةِ فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَى التَّفَاضُلِ،

والربح إنما يستحق بأحد معانٍ ثلاثةٍ، ولا يُستحق بغير ذلك، والمعانِي الثلاثة: العمل، والمال، والضمان، ولهذا لو قال لغيره: تصرَّف في مالك على أن بعض الربح لي لم يجز؛ لانعدام أحد هذه المعانِي الثلاثة، ألا ترى أن المضارب يستحق الربح بالعمل، ورب المال بالمال، والأستاذ إذا تقبل العمل وألقى على تلميذه بأقلَّ من ذلك الأجر الذي أخذ يطيب له الفضل، وإنَّما يستحق ذلك بالضمان.

قوله: وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ عِنْدَهُمَا فِي الرِّبْحِ لِلشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ، أي: في أصل المال، فلذلك يُشترط الخلط عندهما، وعندنا الشركة في الربح للشركة في العقد، ولهذا قلنا تثبت الشركة بعدَ العقد قبل الخلط.

قوله: كَمَا فِي المُضَارَبَةِ، فإن قيل: إذا ألحقتم هذا العقدَ بالمضاربة صار تقديره كأنه قال: اعمل في مالك وربحه لك، واعمل في مالي وربحه بيننا، وفي المضاربة إذا شرط عملَ رب المال فيها بطل العقد، وقد جوَّزتم هذه الشركة وإن شُرِط عملهُما.

قلنا: المضاربة أمانة، وتمام الأمانة يقف على التخلية بين الأمين والوديعة، فإذا شُرِط عملَ رب المال لم يُوجد التخلية، فأمَّا في الشركة فكل واحد منهما كالأجير في مال الآخر، فشَرْطُ عمل رب المال معه لا يُبطل العقد، فإن من استأجر أجيرًا ليُعينه على العمل كان جائزًا، كذا في «الإيضاح».

بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَخْرُجُ العَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِكَةِ وَمِنَ المُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَى قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ أَوْ إِلَى بِضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ المَالِ، وَهَذَا العَقْدُ يُشْبِهُ المُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ اسْمًا وَعَمَلًا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ فَعَمِلْنَا بِشَبَهِ المُضَارَبَةِ، وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ وَبِشَبَهِ الشَّرِكَةِ حَتَّى لا تَبْطُلُ بِاشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَيْهِمَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ البَعْضِ)؛ لِأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي المَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ؛

قوله: بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَخْرُجُ العَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِكَةِ؛ لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركًا بينهما.

قوله: وَمِنَ المُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَى قَرْضٍ، أي: يخرج العقدية من عَقِد المضاربة أيضاً؛ لأن المضاربة هي الشركة في الربح، ثم لو شُرِطَ جميع الربح لأحدهما بعد ذلك لا يخلو: إمَّا أن شُرِط للعامل فاسمُه القرضُ، وإمَّا أن شُرِط لرب المال فاسمه البضاعة، والضمير في: بِاشْتِرَاطِهِ، في الموضعين راجع إلى الربح.

قوله: وَهَذَا العَقْدُ، أي: عقد شركة العنان.

قوله: وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ، أي: شركة المفاوضة.

قوله: وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، هذا جواب عن قول الخصم، وهو أن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح ما لم يُضمن، وقلنا: اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة، وهو جائز مع ذلك بالإجماع.

قوله: وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ، أي: وعملنا بشبه الشركة فقلنا: بأنه لا يبطل هذا العقد باشتراط العمل عليهما.

إذِ اللَّفْظُ لا يَقْتَضِيهِ (وَلا يَصِحُّ إلَّا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ المُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ وَمِنَ الآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ وَمِنَ الآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ الخَلْطِ وَعَدَمِهِ فَإِنَّ عِنْدَهُمَا شَرْطٌ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ دُونَ الكَفَالَةِ، وَالوَكِيلُ هُوَ الأَصْلُ فِي الحُقُوقِ.

قَالَ: (ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ) مَعْنَاهُ إذَا أَدَّى مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا نَقَدَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لا يَعْرِفُ ذَلِكَ إلَّا بِقَوْلِهِ فَعَلَيْهِ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وُجُوبَ المَالِ فِي ذِمَّةِ الآخَرِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَوْ أَحَدُ المَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا شَيْئًا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)

قوله: إذِ اللَّفْظُ لا يَقْتَضِيهِ، أي: لفظ العنان لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء، بخلاف لفظ المفاوضة.

قوله: وَمِنَ الآخَرِ سُودٌ، أي: دراهم سُودٌ، وهي من النُّقرة أيضًا.

قوله: وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَوْ أَحَدُ المَالَيْنِ، إلى آخره، وذكر في «الذخيرة»: وإذا اشتركا شركة عنانٍ ثم هلك أحدُ المالين قبل الشراء، وقبل الخلط هلكَ من مال صاحبه سواءٌ هلك في يد المالك، أو هلك في يد صاحبه، أو هلك في أيديهما؛ لأن رأس مال كل واحد منهما قبل الشراء وقبل الخلط باقٍ على ملكه، ويبطل الشركة.

لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ المَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ، وَبِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ يَبْطُلُ العَقْدُ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالقَبْضِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ المَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِيُشْرِكَهُ فِي مَالِهِ، فَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَيَبْطُلُ العَقْدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الآخَرِ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الخَلْطِ حَيْثُ يَهْلِكُ عَلَى الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَتَمَيَّزُ فَيُجْعَلُ الهَالِكُ مِنَ المَالَيْنِ.

(وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الآخَرِ قَبْلَ الشِّرَاءِ فَالمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى مَا

قوله: بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ، حيث لا يبطل عقد المضاربة وعقد الوكالة بهلاك الدراهم على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

واحترز **بقوله**: وَالوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ، عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن، فإن الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن؛ لأن المتضمَّن يبطل ببطلان المتضمن تبعـًا، وإنما يبطل المتضمِّن، وهو الشركة هاهنا، بهلاك المال قبل الشراء به؛ لأن المالَ هو المعقود عليه، فيبطل العقد بهلاك المعقود عليه إذا كان قبل التمام، كما إذا هلك المبيع في يد البائع؛ بخلاف الوكالة المفردة، فإن الدراهم لا يتعين فيها، فلا تبطل الوكالة بهلاك الدراهم، حتى لو وكَّل رجلًا بشراء العبد ودفعه دراهمَ فهلكت الدراهم لا تبطل الوكالة؛ لما قلنا.

قوله: لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ، أي: الشريك الذي لم يهلك مالُه ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله، إلا على تقدير بقاء ماله ليشركَه في ماله كما يشرك هو في مال هذا.

قوله: فَالمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا، وإن لم يُصرِّحا بالوكالة في العقد؛ لأنه حين وقع وقع مشتركًا

شَرَطَا) لِأَنَّ المِلْكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَقْتَ الشِّرَاءِ فَلَا يَتَغَيَّرُ الحُكْمُ بِهَلَاكِ مَالِ الآخَرِ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رَحِمَهُ اللهُ، حَتَّى إِنَّ أَيَّهُمَا بَاعَ جَازَ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي المُشْتَرَى فَلَا يُنْتَقَضُ بِهَلَاكِ المَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَنِهِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، هَذَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ المَالَيْنِ أَوَّلًا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الآخَرِ، أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الآخَرُ بِمَالِ الآخَرِ، إِنْ صَرَّحَا بِالوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَالمُشْتَرَى مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنْ بَطَلَتْ

بينهما؛ كذا في «الإيضاح».

قوله: ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، حتى إذا باعه أحدهما نفذ بيعُه في الكل، وعند الحسن رحمه الله هي شركة ملك حتى لا ينفذ بيعُ أحدهما إلا في حصته؛ لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير، كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك، فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك.

وجهُ قول محمد أن هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها؛ فلا يكون مبطلًا شركة العقد بينهما في ذلك، كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعًا، كذا في «المبسوط»، ووضعَ المسألة في أن الدنانير من أحد الجانبين والدراهم من الجانب الآخر.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وهو **قوله:** مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، إلى آخره.

قوله: إِنْ صَرَّحَا بِالوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وذكر في «المبسوط»: ذكر في بعض المواضع: فالمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصةً، وذكر في بعض المواضع: إذا اشترى الآخرُ بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين، وإنَّما اختلف الجواب

فَالوَكَالَةُ المُصَرَّحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشْتَرَكًا بِحُكْمِ الوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مِلْكٍ وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَمْ يَنُصَّا عَلَى الوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ المُشْتَرَى لِلَّذِي اشْتَرَاهُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكْمُ الوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَتْهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَتْ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمْنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالوَكَالَةِ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا المَالَ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا تَجُوزُ لِأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ المَالِ، وَلا يَقَعُ الفَرْعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعْدَ الشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ وَأَنَّهُ بِالخَلْطِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَحَلَّ هُوَ المَالُ،

لاختلاف الموضوع، فحيث قال: يكون الثاني مشتريـًا لنفسه خاصَّة وضع المسألة فيما إذا أطلقا الشركة، فيكون المشترى بمال أحدهما مشتَركًا بينهما عند الإطلاق من قضية عقد الشركة، وقد بطلت بهلاك مال أحدهما، فيكون الآخرُ مشتَريـًا لنفسه، وحيث قال المشترى بمال آخر بينهما، وضع المسألة فيما إذا صرحا عند عقد الشركة على أنَّ ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركـًا بينهما، وعند هذا التصريح الشركةُ في المشترى من قضية الوكالة؛ لأن كل واحدٍ منهما قد وكَّل صاحبه بالشراء بماله نصًّا على أن يكون نصف المشترى له، والشركة وإن بطلت بهلاك أحد المالين فالوكالة باقية، فلهذا كان المشترى بينهما نصفين، ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن؛ لأنه اشترى له النصف بحكم الوكالة، ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ.

قوله: وَأَنَّهُ بِالخَلْطِ، أي: وأن الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك إنما تكون بالخلط؛ وذلك لأن الشركة عبارة عن الاختلاط، وذلك إنما يتحقق في الملك، والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف، فإذا خلطا المالين

وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ المَالِ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعْمَلُ لِرَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ عِمَالَةً عَلَى عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ لَهُمَا حَتَّى يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الجِنْسِ، وَيُشْتَرَطُ الخَلْطُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرِّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي المَالِ، وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالأَعْمَالِ لِانْعِدَامِ المَالِ، وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إِلَى العَقْدِ دُونَ المَالِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ يُسَمَّى

على وجه لا يُمكن تمييز أحدهما عن الآخر، فقد ثبتت الشركة في الملك، فيُبتنى عليها شركة العقد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، يقال: عقد شركة المال.

قوله: وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ المَالِ، وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمرة مسندةً إلى المال، كذا في «الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ، يعني: أن المضاربة تصح بدون الخلط، حتى يُعتبَر اتحاد الجنس، حتى لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخرُ دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحةً عندنا، خلافًا لزُفر والشافعي رحمهما الله، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضًا والآخر سُودًا.

قوله: وَلَا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ، أي: على قول زفر والشافعي.

قوله: أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إِلَى العَقْدِ دُونَ المَالِ؛ لأن موجب هذا العقد الوكالة، فكان كل واحد منهما مُوكِلًا للآخر في نصيبه، فيتصرف كل واحد منهما في مال الشركة كله، في بعضه بطريق الأصالة، وفي بعضه بطريق الوكالة، وبتصرف كل واحدٍ منهما يحصل الربح المشترك بهذا الطريق، وهذه الوكالة إنما ثبتت في ضمن عقد الشركة، فلذلك يضاف الربح الحاصل إلى العقد؛ لأن الحكم كما يُضاف إلى العلة كذلك يُضاف إلى علة العلة، وهذا كذلك؛ لأن الربح حصل بتصرفهما على وجه الوكالة في نصيب الآخر، والوكالة ثبتت بعقد الشركة فكان الربح المشترك مُوجبَ مُوجبِ عقد الشركة، فلذلك أُضيفت الشركة

شَرِكَةً فَلا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ مَعْنَى هَذَا الِاسْمِ فِيهِ فَلَمْ يَكُنِ الخَلْطُ شَرْطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا يَتَعَيَّنَانِ فَلَا يُسْتَفَادُ الرِّبْحُ بِرَأْسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ وَكِيلٌ، وَإِذَا تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الخَلْطِ تَحَقَّقَتْ فِي المُسْتَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرِّبْحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبْحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ.

في الربح إلى العقد دون المال، ولمَّا كان كذلك كان الربح فرع العقد لا فرع المال.

فإن قلتَ: فعلى قود هذا التقرير ينبغي أن لا يبطل الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئًا؛ لما أن الأصل هو العقد دون المال على ما ذكرتَ، فكان بقاء المال وهلاكه بمنزلة، فإن عقد الشركة قد وُجد والمال موجود، فلا يبالَى بعد ذلك ببقائه لانحطاط رُتبته عن رتبة العقد.

قلتُ: العقد ركن في شركة العقود على ما مرَّ، والمال محل العقد فكان شرطًا؛ لأن المحال شروط لتوقف صحة الركن إلى وجودها؛ لكن الركن يبطل إذا هلك المحل قبل اتصال المقصود بذلك المحل، كالمبيع إذا هلك في يد البائع، فإن لفظ البيع والشراء ركن عقد البيع، والمبيع شرط لصحة ذلك الركن، ثم ذلك الركن يبطل بهلاك المبيع قبل قبض المشتري؛ لما أن المقصود من البيع ثبوت الملك للمشتري على وجه ينتفع هو به، والانتفاع إنما يحصل عند اتصال القبض، ولمَّا هلك قبل هذا المقصود بطل الركن، فكذلك هنا المقصود من عقد الشركة الاستنماء والاسترباح من رأس ماليهما، وذلك إنما يكون بتصرف الشراء بهما، فلما هلك رأس المال قبل هذا المقصود بطل الركن كما في البيع، والجامع بينهما عدم إفادة الركن فائدته.

قوله: فِي المُسْتَفَادِ بِهِ، أي: بالتصرف.

قوله: بِدُونِهِ – أي: بدون خلط المال – وَصَارَ كَالمُضَارَبَةِ، فإن الشركة ثابتة في الربح في المضاربة، وإن لم توجد الشركة في أصل المال، لا بالخلط ولا بغيره بل بالعقد، فكذا

قَالَ: (وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إِذَا شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ فَعَسَاهُ لا يُخْرِجُ إِلَّا قَدْرَ المُسَمَّى لِأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي المُزَارَعَةِ.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَي العِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ المَالَ) لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى العَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا.

قَالَ: (وَيَدْفَعُهُ مُضَارَبَةً)؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَتَضَمَّنُهَا، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

هاهنا، ولما كان الأصل هو العقد لا المال لم يُشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال وصحَّ شركة التقبُّل؛ إذ المال ليس بأصل.

قوله: وَنَظِيرُهُ فِي المُزَارَعَةِ، وهو أن يشترطا أن يكون لأحدهما قُفزانٌ مسماةٌ فهو باطل؛ لأن به تنقطع الشركة، ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعًا.

قوله: وَالتَّحْصِيلُ، بالرفع فإنه مبتدأ، **وقوله:** دُونَهُ، خبره.

قوله: دُونَهُ، أي: الإبضاعُ أدنى من الاستئجار وأقل حالًا منه، لعدم المؤنة في الإبضاع، أي: وتحصيل العمل الذي يحصل منه الربح بغير عوضٍ، وهو الإبضاع أدنى حالًا من استئجار الأجير على العمل، فإنه أعلى من الإبضاع لوجوب الأجرة على المستأجر، فلمَّا ملك الأعلى كان أَوْلَى أن يملك الأدنى.

وذكر في «المبسوط»: ولأنه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة جاز ذلك منه على شريكه، فإذا وجدَ من يتصرف بغير أجر كان له أن يُبضِعه بالطريق الأَوْلَى.

قوله: لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ، أي: المضاربة دون الشركة، ألا ترى أنه ليس على المضارب شيءٌ من الوضيعة، وأن المضاربة لو فسدَتْ يكن للمضاربة شيءٌ من الربح، فيمكن جعل المضاربة مستفادةً بعقد الشركة لأنَّها دُونها.

قوله: فَتَتَضَمَّنُهَا، أي: فتتضمن الشركةُ المضاربةَ.

اللهُ أَنَّهُ لَيسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوعُ شَرِكَةٍ، وَالأَصَحُّ هُوَ الأَوَّلُ، وَهُوَ رِوَايَةُ الأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لا يَمْلِكُهَا؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قوله: لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، أي: لأن عقد المضاربة نوعُ شركةٍ؛ لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة، وليس لأحد الشريكين أن يُشارك مع غيره بمال الشركة، فكذلك لا يدفعه مضاربة.

قوله: لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، أي: في المضاربة.

قوله: لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، أي: لأن عقد المضاربة سبب تحصيل الربح بدون ضمان في ذمة رب المال، فكان أَوْلَى أن يجوز.

وفي «المبسوط»: وله أن يدفع من مال الشركة مضاربةً؛ لأن له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأَجْرٍ مضمونٍ في الذمة، فلَأَن يكون له أن يَسْتَأْجَر من يتصرف ببعضٍ ما يحصل بعمله من غير أن يكون ذلك مضموناً في الذمة أَوْلَى؛ لأن هذا أَنْفعُ لهما.

قوله: لِأَنَّ الشَّيْءَ لا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ، فإن قلتَ: يُشكل على هذا مسائل فإن للمكاتب أن يكاتب عبده، وللمأذون أن يأذن عبدَه، والرواية في «شرح الطحاوي» وغيره، وكذا يجوز اقتداء المُفترض بالمفترض الذي يصلي ذلك الفرض، وكذا يجوز اقتداء المتنفل بالمتنفِّل، وكل واحد منهما مثل للآخر، والإمام يستتبعُ قومَه في حق جواز الصلاة وفسادها، فعُلم بهذه المسائل أن المثلية غير مانعة للاستتباع؛ ولأن مثل الشيء يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ، وهما مثلان، فأَوْلَى أن يستتبع مثله.

قلتُ: أمَّا المكاتب والمأذون فإنَّهما لما أُطلقا في اكتساب المال ملكاً اكتساب المال من غير ضررٍ يلزمهما بأيِّ وجهٍ كان، والضررُ فيما إذا كان التابع فوق المتبوع، ألا ترى أنَّ

قَالَ: (وَيُوَكِّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ انْعَقَدَتْ لِلتِّجَارَةِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ لا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ

للمكاتب أن يبيع عبدَه، وقد يكون كتابةُ عبده أنفع له من البيع؛ لأنه لا يزول الملك في الكتابة إلا بعد وصول البدل إليه، والبيع يُزيله قَبْلَه، ولهذا يملكه الأبُ والوصيّ، وكذلك المأذون يتصرف بأهليَّة نفسه في اكتساب المال بعد فكِّ الحجر عنه، فعُلِم بِهذا أن استتباع المثل في هذين الموضعين لم يكن مقصودًا، بل يثبت ذلك لهما من ضرورة إطلاق الاكتساب، وفتح باب التجارة، أمَّا هاهنا لو قلنا بجواز الشركة لأحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودًا، وذلك لا يجوز كما في التوكيل، فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بمطلق التوكيل؛ لأن الثانِي مثل الأول فلا ينتظمه مقصودًا، ولكن ينتظمه ضمنًا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة، فإن لكل واحدٍ من الشريكين أن يُوكّل آخر في التصرف بمال الشركة.

وذكر في «المبسوط»: ولكن هذا كله في حق الغير، أي: عدم جواز استتباع الشيء مثله كما في الشركة والمضاربة، فأمَّا في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله، ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب، وللمأذون أن يأذن لعبده؛ لأنه متصرف بنفسه بفكِّ الحجر عنه.

وأمَّا اقتداء المفترض بالمفترض فجوازه ثبت بالإجماع، وبقوله صلَّى الله عليه وسلم: «الإمام ضامنٌ»؛ ولأن صلاة المقتدي مبنيَّة على صلاة الإمام في حق الجواز والفساد بالحديث، لا أن تكون صلاة الإمام مُستَتْبعةً لصلاة المقتدي.

وأمَّا الناسخ فهو رافعٌ صورةً، ولكن هو في الحقيقة مبيِّن انتهاء حكم المنسوخ في أنَّ شرعيته كانت إلى هذا الوقت، فلم يكن رفعًا في الحقيقة فلا يرد نقضًا.

قوله: وَيُوَكِّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ، فإن قلتَ: لا شكَّ أن الحكم الثابت مقصودًا أعْلَى حالًا من الحكم الثابت ضمنًا لشيءٍ آخر وتبعًا له، ولهذا ترجح العبارة على الإشارة وغيرها، وكذلك النهي الثابت في ضمن الأمر يوجب الكراهة دون الحُرْمة، والأمر الثابت في ضمن النهي يُوجب السنة دون الوجوب، بخلاف الأمر والنهي المقصودين، فإنَّهما يثبتان الوجوبَ والحرمةَ، ثم هاهنا وكالة كل واحدٍ من الشريكين من صاحبه ثابتةٌ في ضمن عقد الشركة،

لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلَ العَيْنِ فَلَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ: (وَيَدُهُ فِي المَالِ يَدُ أَمَانَةٍ) لِأَنَّهُ قَبَضَ المَالَ بِإِذْنِ المَالِكِ لا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ وَالوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالوَدِيعَةِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ (كَالخَيَّاطِينَ وَالصَّبَّاغِينَ يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الأَعْمَالَ وَيَكُونَ الكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ) وَهَذَا عِنْدَنَا، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ

وليس للوكيل الثابت وكالته مقصودةً توكيل الآخر، مع علو رتبته لما ذكرنا، فكيف ثبتت هذه الولاية للوكيل الثابتة وكالته في ضمن عقد الشركة.

قلتُ: قد قُرِعَ سمعك مرارًا بقولهم: كم من شيءٍ يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، كبيع الشِّرب وغيره، فلم يلزم من عدم ثبوته في الوكالة المقصودة عدم ثبوته في الوكالة الضمنيَّة، بل قد يثبتُ لوجود الدليل، وقد دلَّ الدليل على جواز توكيل الآخر هاهنا، وهو أن الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة، ولهذا صحَّت من غير بيان جنس المشترى وصفته، وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره، فإنه لو قال لوكيله: اعْمَل برأيك؛ كان له أن يُوكِّل غيره به، وإنما قلنا: إن الوكالة الثابتة هنا بمنزلة الوكالة العامة؛ لأن عقد الشركة لتحصيل الربح، ولا يحصل الربح إلا بالتجارة الحاضرة والغائبة، وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين بنفسه، ولا يجد بُدًّا من أن يُوكِّل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح، فيصير كل واحد منهما كالإذن لصاحبه في ذلك دلالةً، وهذا الذي ذكرنا من جواز التوكيل لغيرهما جواب الاستحسان، وما ذكره من الشبهة دليل القياس في عدم جواز توكيل الآخر، كما في الوكالة المقصودة؛ إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ، احتراز عن المقبوض على سوم الشراء؛ لأن المقبوض على سوم الشراء قُبض لأجل أن يدفع الثمن.

وقوله: وَالوَثِيقَةِ، احتِراز عن الرهن، فإن المرهون مقبوضٌ لأجل الوثيقة.

لا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا وَهُوَ التَّثْمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ تُبْتَنَى عَلَى الشَّرِكَةِ فِي المَالِ عَلَى أَصْلِهِمَا عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَلنَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالتَّوْكِيلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي النِّصْفِ أَصِيلًا فِي النِّصْفِ تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ المُسْتَفَادِ وَلا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى

قوله: لا تُفِيدُ مَقْصُودَهُمَا، وهذا ظاهرٌ، وفي بعض النسخ: مَقْصُودَهَا، أضاف المقصود إلى الشركة لتلبسها بمقصود الشريكين؛ إذ مقصود الشريكين، وهو تثمير مال الشركة، إنما يحصل بسبب عقد الشركة، فكانت الشركة سببًا لحصول هذا المقصود، فأضيف المُسبب إلى سببه.

قوله: أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ، أي: تحصيل الربح، يعني: أن تحصيل الربح ليس بمُنْحَصِر بالمال، بل قد يكون ذلك بعمل التوكيل بدون المال، وقد يكون بالمال، وفي هذه الشركة لو لم يكن المال فالتوكيل موجود فيحصل المقصود.

وفي «المبسوط»: ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارةً وبالعمل أخرى، بدليل المضارب، فإن رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله، والمضاربُ بعمله، وذلك العقد شركةٌ لا إجارةٌ بدليل أنَّها لا تلزم، فإنَّها لا يحتاج فيها إلى بيان المدة، فإذا صحَّ عقد الشركة بين اثنين بالمال، فكذلك يصح باعتبار العمل؛ لأن كل واحد منهما يُستحق به الربح.

قوله: وَلا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالمَكَانِ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، فإنَّهما يقولان: إن اتفقت الأعمال كالقصارين والصباغين إذا اشتركا يجوز، وإن اختلفت بأن اشترَك صباغٌ وقصارٌ لا يجوز؛ لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبَّله صاحبه، فإن ذلك ليس من صُنعه، فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الأعمال.

ولكننا نقول: جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة، والتوكيلُ بتقبل العمل صحيحٌ ممَّن يُحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يُحسن؛ لأنه لا يتعين على المُتقبِّل إقامة العمل بيده،

فِيهِمَا؛ لِأَنَّ المَعْنَى المُجَوِّزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ لا يَتَفَاوَتُ.

(وَلَوْ شَرَطَا العَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالمَالَ أَثْلاثًا جَازَ) وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ؛

بل له أن يقيم بأعوانه وأجزائه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك، فكان العقد صحيحًا، كذا في «المبسوط»، إلا أنه لم يذكر فيه خلاف مالكٍ.

فإن قلتَ: كيف يتصور هاهنا قول زفر في جواز الشركة عند اتحاد العمل، وقد ذكر قبل هذا: وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا المَالَ، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا تَجُوزُ لِأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ المَالِ، إلى أن قال: وَلا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالأَعْمَالِ، أي: على قول زفر والشافعي، ثم زُفر لما لم يجوِّز الشركة بدون المال كما هو قول الشافعي، كيف يتصور قوله بالجواز في شركة التقبُّل عند اتحاد العمل مع صريح **قوله**: وَلا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالأَعْمَالِ.

قلتُ: عن زفر رحمه الله روايتان في اشتراط خلط المالين في الشركة، ذكرهما في «المبسوط»، ذكر في الكتاب في تلك المسألة حكم الرواية التي تُشترط خلط المالين، وذكر هاهنا حكم الرواية التي لا يشترطه، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين عنه، فعن هذا تراآى مُناقضةً.

قوله: فِيهِمَا، أي: في اتحاد العمل واتحاد المكان، أمَّا اتحاد العمل فقد ذكرناه، وأمَّا اتحاد المكان فإنه لو عَمِل أحد الشريكين في دُكَّان، والآخر في دُكَّان آخر يجوز عندنا، خلافًا لهما.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو **قوله**: أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ، وهو ممكن بالتوكيل، ففي حق صحة التوكيل لا يتفاوتُ اتحاد العمل والمكان واختلافهما.

قوله: وَلَوْ شَرَطَا العَمَلَ نِصْفَيْنِ - أي: في شركة التقبل - وَالمَالَ - بالنصب، وهو الربح، أي: لو شرطا في شركة التقبل الربح أثلاثًا مع المساواة في العمل يجوز، وهذا الذي ذكره فيما إذا كانت شركة التقبل بينهما شركة عنان.

وأمَّا إذ كانت تلك الشركة بينهما شركة مفاوضة، فلا يجوز التفاوتُ بينهما فيما يحصل من الربح، وفي العنان لا يجوز ذلك في شركة الوجوه، إلا أن يشترطا التفاوت في ملك

لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ العَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَمْ يَجُزِ العَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ كَشَرِكَةِ الوُجُوهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأْخُذُهُ لا يَأْخُذُهُ رِبْحًا لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، وَقَدِ اخْتَلَفَ؛ لِأَنَّ رَأْسَ المَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحَ مَالٌ فَكَانَ بَدَلَ العَمَلِ

المشتَرَى، وفي التقبل يصح منهما اشتراط التفاوت في الربح مع المساواة في العمل، وقد بيَّنا أن المفاوضة والعنان يجريان في شركة التقبل والوجوه كما يجريان في الأموال؛ إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ العَمَلِ - أي: بقدر ما شُرِط عليه من العمل - **فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ**، وهو لا يجوز؛ وذلك لأن الربح في الشركة إنما يُستحق إمَّا بالمال أو بالعمل أو بالضمان، ولا يُستحق بغير ذلك، ألا ترى أن من قال لغيره: تصرَّف في مالك على أن لي بعض الربح لم يجز، وإنما يُستحق بالمال والعمل، ألا ترى أن في باب المضاربة يستحق ربُّ المال بسبب المال، ويستحق المضارب بسبب العمل، وكذا يُستحق بالضمان؛ لأن الأستاذ إذا تقبَّل وألقى على تلميذه بأقل منه طابَ له الفضل، وإنما يطيب بسبب الضمان، كذا في «الإيضاح».

ثم هاهنا الزيادة على العمل ليست من هذه الأوجه الثلاثة، فكانت ربح ما لم يضمن.

قوله: لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ - أي: لتأدية هذا العقد إلى ربح ما لم يضمن - **وَصَارَ كَشَرِكَةِ الوُجُوهِ**، يعني: أن التفاوت في الربح لا يجوز في شركة الوجوه، لكن هذا إذا كان المشترى بينهما على السواء، وأمَّا إذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذٍ في الربح في شركة الوجوه أيضا؛ وقد ذكرناه من «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، أي: الربح لا يظهر إلا عند اتحاد الجنس، وعن هذا جُعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير.

قوله: فَكَانَ بَدَلَ العَمَلِ، أي: فكان ما يأخذه بدل العمل لا الربح، فلا يلزم حينئذٍ كونه ربح ما لم يضمن.

وَالعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلَا يَحْرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ المَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الجِنْسِ المُتَّفِقِ، وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي المُضَارَبَةِ.

قَالَ: (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّى إِنَّ كُلَّ

وذكر في «المبسوط»: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن في التقبُّل هما بائعان للعمل، وقد يكون بينهما في العمل تفاوتٌ، فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح، فأمَّا في شركة الوجوه فهما مشتريان بثمنٍ في ذمتهما، فمع المساواة في الملك المشترى لا يصح شرط التفاوت في الربح.

يُوضح الفرق، وهو الوجه الثاني: أن المنافع إنَّما تتقوم بالعقد، فمنفعة كل واحدٍ منهما تتقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح، بخلاف عين المشترى فإنه متقوم بنفسه، فلا يصح من أحدهما اشتراط شيءٍ من ربح مال صاحبه من غير رأس مالٍ ولا ضمانٍ.

قوله: لِأَنَّ جِنْسَ المَالِ مُتَّفِقٌ، أي: في شركة الوجوه، وهو الثمن الواجب في ذمتهما، وهو الدراهم أو الدنانير، فكان الجنس متفقًا فيظهر الربح، ثمَّ لو جاز اشتراط زيادة في الربح كان ذلك ربح ما لم يُضمن، وذلك لا يكون إلا في المُضاربة، ولكن كان جواز ذلك فيها أيضًا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب، ولوقوعه بمقابلة المال في جانب رب المال، وليس واحدٌ منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة زيادة الربح، فيلزم فيها ربح ما لم يُضمن من كل وجه، فلا يجوز لذلك.

قوله: وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ، وفي «المبسوط»: وإذا تقبَّل العمل أحدُهما، فإن كانا متفاوضين فلا إشكال أن الآخر مُطالب بذلك، فأمَّا إذا كانت الشركة بينهما مطلقةً، فقد ذكر في النوادر قياسًا واستحسانًا في هذا الفصل.

في القياس لا يُطالب به إلا من تقبَّل؛ لأن الشركة بينهما عنان وذلك لا يضمن الكفالة، ألا ترى أنه لو أقرَّ أحدهما بدين لإنسانٍ لا يُطالب به الآخر فكذلك إذا تقبل العمل.

وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطَالَبُ بِالعَمَلِ وَيُطَالِبُ بِالأَجْرِ (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيْرِهَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً وَالكَفَالَةُ مُقْتَضَى المُفَاوَضَةِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مُقْتَضِيَةٌ لِلضَّمَانِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ مَضْمُونٌ عَلَى الآخَرِ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ فَجَرَى مَجْرَى المُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقْتِضَاءِ البَدَلِ.

قَالَ: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ وَلَا مَالَ لَهُمَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ عَلَى هَذَا) سُمِّيَتْ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إِلَّا مَنْ كَانَ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ،

وفي الاستحسان أن يكون الآخر مطالبًا به؛ لأن هذا التقبُّل مقصود بالشركة، ففيما هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقامَ صاحبه، فيكونان فيه بمنزلة المتفاوضين، وعلى هذا إذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالأجر استحسانًا؛ لأنه هو المقصود بعقدهما، وبيان كونه مقصودًا أن الشركة التي بينهما لا تنفك عن هذا، بخلاف الإقرار بالدين.

قوله: وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، يجوز أن يراد بـ(الدَّافِعُ) دافع الأجرة إليه، أي: إلى كل واحد منهما وهو الظاهر، ويجوز أن يراد بالدافع كل واحد منهما إليه، أي: إلى صاحب الثوب مثلًا، يعني: لو أخذ أحد الشريكين الثوبَ للصبغ، ثم دفع الثوبَ المصبوغ إلى صاحب الثوب غير الذي أخذه من صاحبه يبرأ من الضمان.

قوله: فَجَرَى مَجْرَى المُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقْتِضَاءِ البَدَلِ، وإنما قيَّد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين؛ لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة، حتى قالوا: إذا أقرَّ أحدهما بدَيْنٍ من ثمن صابون أو أشنان، أو عمل من أعمال الفعلة، أو أجر أجير، أو أجرة بيت لمدَّة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينةٍ ويلزمه خاصة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار موجبُ المفاوضة، كذا في «الإيضاح».

وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَحْقِيقُ الكَفَالَةِ وَالوَكَالَةِ فِي الأَبْدَالِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنَانًا لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَالوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: (وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ) لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الغَيْرِ لا يَجُوزُ إِلَّا بِوَكَالَةٍ أَوْ بِوِلَايَةٍ وَلا وِلَايَةَ فَتَتَعَيَّنُ الوَكَالَةُ (فَإِنْ شَرَطَا أَنَّ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَالرِّبْحُ كَذَلِكَ يَجُوزُ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلا فِيهِ، وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ)، وَهَذَا لِأَنَّ الرِّبْحَ لا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالمَالِ أَوِ العَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ فَرَبُّ المَالِ يَسْتَحِقُّهُ بِالمَالِ، وَالمُضَارِبُ يَسْتَحِقُّهُ بِالعَمَلِ، وَالأُسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي العَمَلَ عَلَى التِّلْمِيذِ بِالنِّصْفِ بِالضَّمَانِ، وَلا يُسْتَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ تَصَرَّفْ فِي مَالِكَ عَلَى أَنَّ لِي رِبْحَهُ لَمْ يَجُزْ لِعَدَمِ هَذِهِ المَعَانِي، وَاسْتِحْقَاقُ

قوله: وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً، فالمفاوضة منها أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفَه، وأن يكون المشترى بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة.

وأمَّا العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما، وينبغي أن يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان، وإن اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطلٌ، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانِهما، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: فِي الأَبْدَالِ، وهي الثمن والمثمن؛ لأن مطلقه ينصرف إليه؛ لأن المعتاد فيما بين الناس شركة العنان، فالمطلق ينصرف إلى المعتاد كما إذا اشترى بدراهم مطلقةٍ.

قوله: وَالأُسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي العَمَلَ عَلَى التِّلْمِيذِ بِالنِّصْفِ - وذكر النصف اتفاقي، فإنه يجوز له أن يُلقي بأقل من النصف، وقد ذكرناه - بِالضَّمَانِ، أي: يطالب الأستاذ بتحصيل

الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ المِلْكِ فِي المُشْتَرَى وَكَانَ الرِّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ إلَّا فِي المُضَارَبَةِ، وَالوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، بِخِلَافِ العِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيُلْحَقُ بِهَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

ذلك العمل، فكان العمل مضمونًا على الأستاذ.

قوله: وَالوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، أي: شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة؛ لأن في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل، وأمَّا المال فليس بمضمون على المضارب، وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال، بخلاف العنان؛ لأنه في معتى المضاربة من حيث أن كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه، كالمضارب يعمل في مال رب المال، فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان كما جاز في المضاربة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ)

(وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الِاحْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ، وَمَا اصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوِ احْتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ)، وَعَلَى هَذَا الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٍ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الوَكَالَةِ، وَالتَّوْكِيلُ فِي أَخْذِ المَالِ المُبَاحِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ

فصل في الشركة الفاسدة

قدم الصحيح على الفاسد؛ لما أن الصحيح موجود شرعًا من كل وجه، وأمَّا الفاسد فهو فائتٌ لوصف الصحة، فلم يكن موجودًا شرعًا من كل وجه، فانحط من الصحيح ذكرًا لانحطاط درجته شرعًا.

قوله: وَعَلَى هَذَا الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٍ، نحو احتشاش الحشيش، واجتناء الثمار من الجبال والبراريِّ من الجوز والفستق وغيرهما، فإن عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ووزنٍ، ما كان لكل واحد منهما إن كان كيليًّا أو وزنيًّا؛ لأن كل واحد منهما كان مالكًا لما أصابه، والثمن في البيع إنَّما يقسم على مالية المعقود عليه، ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل والوزن، فلهذا قُسم الثمن بينهما على ذلك، وإن لم يكن كيليًّا أو وزنيًّا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما؛ لأن معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة، وإن لم يُعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صُدّق كل واحد منهما إلى النصف؛ لأنَّهما استويا في الاكتساب، وقد كان المكتسبُ في أيديهما، فكل واحد منهما في دعواه إلى النصف إنَّما يدعي ما كان في يديه، والظاهر يشهد له في ذلك فيُقبل قوله، ولا يُصدق في الزيادة على النصف إلا ببينة؛ لأنه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر له، وكذلك

أَمْرَ الْمُوَكِّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَالوَكِيلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُمَا بِالأَخْذِ وَإِحْرَازِ المُبَاحِ، فَإِنْ أَخَذَاهُ مَعًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَعْمَلِ الآخَرُ شَيْئًا فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَنْ قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ

الشركة بنقل الطين وبَيْعه من أرض لا يملكانها، أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالوَكِيلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ، من قِبَل أن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل، وليس بثابتٍ للوكيل، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه هاهنا فلم تثبت الشركة، كذا في «الإيضاح».

فإن قيل: يُشكل هذا بالتوكيل بشراء عبدٍ غير معين، فإنه يجوز مع أن الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعدَه، فعُلِم بهذا أنه لا يشترط لصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل، بل يجوز التوكيل فيما يملكه الوكيل قبل التوكيل.

قلنا: لا يُشكل لما أن التوكيل بالشراء يُخالف التوكيل بالاحتطاب بوجهين:

أحدهما: أن في العبد المُعيَّن لا يملك الوكيل أن يشتريَه لنفسه بعد التوكيل، وإن كان يملكه قبله، والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعيَّن وغير المعيَّن سواء في أنه لا يصح لوقوع التوكيل في أمر مباح لهما.

والثاني: أن بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله، فلم يكن الوكيل قادرًا هناك على إلزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل، فصحَّ ما قلنا إن التوكيل إنما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل، ولكن الأوجه في التعليل ما ذكره الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رضي الله عنه في «المبسوط»، فإنه أمْتَنُ تَمْشِيَةً وأقوى استقامةً، فقال: لأن الاحتطاب اكتسابٌ، والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب، فحينئذٍ كان كل واحد منهما يُشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مالٍ ولا ضمانٍ له فيه،

الآخَرُ، أَوْ قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الآخَرُ فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ المِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ، وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسب صاحبه، وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة.

قوله: فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ المِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، لأن المسمَّى مجهول الجنس والقدر، فإنه لا يُدرى أيّ نوع من الحطب يصيبان، وهل يصيبان شيئاً أم لا، والرضا بالمجهول لا يصح، فإذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد، فله أجر مثله بالغاً ما بلغ، ألا ترى أنه إن أعانه عليه فلم يصيبا شيئاً أستحق آخر مثله بالغاً مابلغ، فإذا أصابا شيئاً أوْلَى، بخلاف حمل الحنطة، فإن القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه في المعلوم، فلهذا لا يجاوز به المسمى.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ؛ لأنه قد رضي بنصف المسمَّى، فيُعتبر رضاه في إسقاط حقِّه في المطالبة بالزيادة على ذلك، ألا ترى أنه لو استأجر حمالًا ليحمل له حنطة إلى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجرُ مثله، لا يجاوز به ما سُمي؛ وهذا لأن تقوم المنفعة باعتبار العقد والتسمية؛ إذ المنافع لا تتقوم بنفسها بغير العقد، وفيما زاد على المسمى لم توجد التسمية، كذا في «المبسوط»، ولكن أَخَّر دليل محمد عن دليل أبي يوسف فيه، فتقديم قول محمد في الكتاب على قول أبي يوسف، وتأخير دليل محمد في «المبسوط» مع جوابه عمَّا قاس عليه أبو يوسف كما ذكرتُ، دليلٌ على أن المختار قول محمد رحمه الله.

وقوله: لا يُجَاوَزُ بِهِ، بفتح الواو على بناء المفعول.

وقوله: نِصْفُ ثَمَنٍ، بالرفع؛ لأنه قائم مقام الفاعل **لقوله:** لا يُجَاوَزُ؛ لأنه مسند إلى **قوله:** نِصْفُ ثَمَنٍ؛ لأن الفعل إذا بُني للمفعول كان للمفعول به المتعدى إليه بغير حرف

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا الْمَاءَ فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَى، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ صَاحِبَ الْبَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْبَغْلِ) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلِانْعِقَادِهَا عَلَى إِحْرَازِ الْمُبَاحِ وَهُوَ الْمَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الْأَجْرِ فَلِأَنَّ الْمُبَاحَ إِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُحْرِزِ وَهُوَ الْمُسْتَقِي، وَقَدِ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبَغْلُ أَوِ الرَّاوِيَةُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ.

(وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرِّبْحُ فِيهِمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ) لِأَنَّ الرِّبْحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَمَا أَنَّ الرِّيعَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزِّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالتَّسْمِيَةِ، وَقَدْ فَسَدَتْ فَبَقِيَ الِاسْتِحْقَاقُ عَلَى قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ.

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوِ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)؛ لِأَنَّهَا

من الفَضل على سائر ما بُني له.

الرَّاوية: المزادة من ثلاثة جلود، وأصلها بعيرُ السقاء؛ لأنه يَروى الماءَ بحَمْله.

قوله: اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِ الغَيْرِ وَهُوَ البَغْلُ، أي: إن كان المستقي صاحب الراوية وكان متملكـًا منفعة البغل فتجب الأجرة؛ لأن الفاسد ملحق بالصحيح، ففي الصحيح يجب الأجر فكذا في الفاسد.

قوله: أَوِ الرَّاوِيَةُ، أي: إن كان المستقي صاحب البغل كان متملكـًا منفعة الراوية فيجب الأجر ويبطل شرط التفاضل؛ لأن العقد صار مُستحق النقض، وفي إبقاء شَرْطٍ شُرِطَ في العقد تقريرٌ له، وهو واجب الرَّفع دون التقرير.

الرِّيعَ: الزيادة، يقال هذا طعامٌ كثير الريع، يقال: أخرجت الأرض رَيْعـًا، أي: غلة؛ لأنها زيادة، كذا في «المغرب».

تَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ، وَلا بُدَّ مِنْهَا لِتَتَحقَّقَ الشَّرِكَةُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالوَكَالَةُ تَبطُلُ بِالمَوْتِ، وَكَذَا بِالإلتِحَاقِ مُرْتَدًّا إذَا قَضَى القَاضِي بِلَحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ وَمَالُ الشَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الآخَرِ؛

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وهو ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله: وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ، إلى قوله: وَلَنَا أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الإِسْلَامِ، إلى آخره.

قوله: لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ؛ لأن موت الموكل موجبٌ عزلَ الوكيل حكمًا لتحوّل ملكه إلى وارثه، فلا يتوقف ثبوت حكمه على العلم به، ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به، بخلاف ما إذا عزله قصدًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، فإن قلتَ: فقد ذكر قُبيل هذا: لأنَّها، أي: لأن الشركة يتضمن الوكالة، فلمَّا ثبتت الوكالة في ضمن الشركة كانت الوكالة تبعـًا فيها، فلم يلزم من بُطلان التبع بطلان الأصل، فكيف لزم هنا بطلان الأصل وهو الشركة، ببطلان التبع وهو الوكالة.

قلتُ: عنه جوابان:

أحدهما: أن لدوام عقد الشركة حكم الابتداء؛ لكونه غير لازم على ما ذكر في الكتاب قُبَيْل الفصل الأول من كتاب الشركة، ثم لو كان ابتداء عقد الشركة في شخصين لا يجوز التوكيل بينهما، كالمجنونين، أو أحدهما، وكالصبيين اللذين لا يعقلان البيع والشراء أو أحدهما لا يجوز، فكذا بقاءً لما قلنا؛ وهذا لأن صلاحية التوكيل شرط صحة الشركة ليفيد عقد الشركة فائدته، كصلاحية المعقود عليه عقد الشركة قابلًا للوكالة شرطٌ

لِأَنَّهُ عَزْلٌ قَصْدِيٌّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

لصحة عقد الشركة، فلذلك لم تصح الشركة في الاحتطاب والاحتشاش لعدم صلاحيتهما للوكالة، فلمَّا كانت الوكالة شرط صحته لم تبق الشركة عند فوات الوكالة؛ لأن المشروط يفوت بفوت الشرط.

والثانِي: أن الوكالة ثابتة فيها ضمنًا واقتضاءً، فيبطل المقتضى عند بطلان المقتضي حتى أن قوله: أعتق عبدك عني بألف درهم، لا يصح إذا كان الخطاب لغير مالك العبد كما في العكس؛ لأن المقتضى شرط لصحة المقتضي، فلما بطل المقتضى بطل المُصحِّحُ فبطل المقتضى لذلك ضرورة، فكذلك هاهُنا، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ التِّجَارَةِ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ، فَإِنْ أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالثَّانِي ضَامِنٌ عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ وَهَذَا إِذَا أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ، وَعَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ المَأْمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ

فصلٌ

لمَّا كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قِبَل أنَّها ليست من مسائل التجارة، أخَّر ذكرها عن ذكر أحكام سائر الفصول.

قوله: أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ، أي: عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما لا يضمن، كذا في «الزيادات» للإمام العتابي رحمه الله.

وذكر في زكاة «المبسوط»: وإذا حال الحول على مال الشريكين المتفاوضين فأدَّى كل واحد منهما زكاة جميع المال، فإن أدى كل واحد منهما بخير أمر صاحبه ضمن لصاحبه؛ لأن كل واحدٍ منهما بسبب الشركة صار نائبًا عن صاحبه في التجارات دون إقامة العبادات، وإن كان كل واحدٍ منهما قد أمرَ بأداء الزكاة فهو على وجهين:

إما أن يُؤديا معـًا، أو على التعاقب، فإن أديا معـًا ضمن كل واحد منهما لصاحبه حصته ممَّا أدَّى في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولم يضمن عندهما، وإن أديا على التعاقب فلا ضمان

عَلَى الفَقِيرِ بَعْدَمَا أَدَّى الآمِرُ بِنَفْسِهِ، لَهُمَا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الفَقِيرِ، وَقَدْ أَتَى بِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِلْمُوَكِّلِ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي وُسْعِهِ التَّمْلِيكَ لا وُقُوعَهُ زَكَاةً لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ المُوَكِّلِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُ مِنْهُ مَا فِي وُسْعِهِ وَصَارَ كَالمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الإِحْصَارُ وَحَجَّ الآمِرُ لَمْ يَضْمَنِ المَأْمُورُ عَلِمَ أَوْ لا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالمُؤَدَّى لَمْ يَقَعْ زَكَاةً فَصَارَ مُخَالِفًا، وَهَذَا لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الأَمْرِ إِخْرَاجُ نَفْسِهِ عَنْ عُهْدَةِ الوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا المَقْصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ، وَعَرَى أَدَاءَ المَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْزُولا عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، وَأَمَّا دَمُ الإِحْصَارِ فَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ،

على المؤدي أولًا منهما لصاحبه، ويضمن المؤدي آخرًا لصاحبه حصته ممَّا أدَّى في قول أبي حنيفة رحمه الله، سواء علم بأدائه أو لم يعلم، وعندهما إن علم بأداء صاحبه ضمن وإلا فلا، هكذا أشار إليه في كتاب الزكاة.

وفي «الزيادات»: يقول: لا ضمان عليه سواءٌ علم بأداء شريكه أو لم يعلم، وهو الصحيح عندهما، وكذلك الخلاف في الوكيل بأداء الزكاة إذا أدَّى بعد أداء الموكل بنفسه، وكذلك الخلاف في الوكيل بعتق العبد عن الظهار إذا أعتقهُ بعد ما كفَّر الموكل بنفسه، أو بعد ما عَمِي العبد عند أبي حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه، وعندهما ينفذ سواءٌ علم بتكفير الموكل أو لم يعلم على ما ذكره في «الزيادات».

وجه قولهما أن أداء الزكاة بنفسه يتضمن عزل الوكيل فلا يثبت حكمه في حقه قبل العلم به، وأما رواية «الزيادات» فقالا: هو مأمورٌ بدفع المال إلى الفقير على وجه يكون صدقةً وقربةً، وأداء الموكل بنفسه لا ينفي هذا المعنى فلا يوجب عزل الوكيل، وكان هذا في الأداء مُمتثلًا أمره فلا ضمان عليه، سواءٌ علم بأدائه أو لم يعلم.

قوله: فَصَارَ مَعْزُولا عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، فإن قلتَ: يُشكل على هذا

وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّى يَزُولَ الإِحْصَارُ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعْتُبِرَ الإِسْقَاطُ مَقْصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الإِحْصَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَأَهَا فَفَعَلَ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ)؛ لِأَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ

الوكيل بقضاء الدين، فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل، فإن علم بأداء الموكل فهو ضامنٌ وإلا لم يضمن شيئًا، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه، مع أنه حصل العَزْل الحكمي هناك أيضًا بأداء الموكل.

قلتُ: الوكيل بقضاء الدين مأمورٌ بأن يجعل المؤدَّى مضمونًا على القابض على ما هو الأصل؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجبًا عزل الوكيل حكمًا، يُوضح الفرق أن هناك لو لم نوجب الضمان على الوكيل لجهله بأداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر؛ لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكًا، وهاهُنا لو لم نوجب الضمان أدَّى إلى إلحاق الضرر بالموكل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضررُ مدفوع فلهذا أوجب الضمان بكل حال، كذا في «المبسوط».

وذكر الإمام المعروف بالقاضي الغنيّ رحمه الله: فيما إذا أديا معًا حيث يضمن الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله، فوجهُهُ أن أداء الموكل سابقٌ على أدائه وإن أديا معًا من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن الموكل بالأداء متصرف على نفسه، وتصرف الوكيل على الموكل، وتصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل عليه، فيصير سابقًا معنًى كالوكيل بالبيع إذا باع وباع الموكل، وخرج الكلامان معًا ينفذ بيعُ الموكل.

قوله: وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ ...؛ - أي: على المأمور - لِأَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ، أي: لأن المأمور أدى دينًا على نفسه؛ وهذا لأن الملك واقع له خاصة، والدليل على وقوع ملك

خَاصَّةً مِنْ مَّالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ (وَهَذَا) لِأَنَّ المِلْكَ وَاقِعٌ لَهُ خَاصَّةً وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ المِلْكِ، وَلَهُ أَنَّ الجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى البَتَاتِ جَرْيًا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ إِذْ هُمَا لا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ فَأَشْبَهَ حَالَ عَدَمِ الإِذْنِ، غَيْرَ أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الوَطْءَ لا يَحِلُّ إِلَّا بِالمِلْكِ، وَلا وَجْهَ إِلَى إِثْبَاتِهِ بِالبَيْعِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مُخَالِفٌ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ،

الجارية له خاصة حل له وطؤها.

وذكر في «الإيضاح»: هما يقولان بأنه لمَّا اشتراها بإذنه لنفسه خاصَّة صارت ملحقة بما لا بدَّ منه من الطعام والكسوة؛ وهذا لأن الحاجة ماسة لكنها ليست بلازمة، فإذا أذن له في ذلك فقد ألحقاه بالطعام والكسوة، فوقع للمشتري خاصة، فصارت مستثناةً عن عقد الشركة، وقد نفد من مال شترك فيرجع عليه بالنصف.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى البَتَاتِ، فإن قيل: أليس يحل له وطء هذه الجارية فكيف تكون على الشركة؟

قلنا: كما يحل له وطؤها إذا وهبَ له نصيبه بعد الشراء بلا أمر.

فإن قيل: فأين الهبة هاهنا؟ قلنا: إنه لمَّا قال له: اشتر لنفسك لتطأها، ولا يملك الإخلاص له إلا من حيث إخراج هذا الشراء وحده عن الشركة، وإنَّما يملكه من حيث تضمين الهبة بعد الشراء ضمنًا للهبة في الأمر بالقبض لنفسه بعد الشراء.

ولو اشتريا جارية بينهما ثم قال أحدهما للآخر: اقبضها لنفسك كانت هبةً، كما إذا كان له على آخر دينٌ فقال للآخر: اقبض الدين منه لنفسك، كانت هبةً، وإذا قال لآخر: أدِّ عنِّي زكاة مالي، فأدَّى صار واهبًا للآمر ثم مؤدياً عنه، وتثبت الهبة في ضمن قبض الفقير لنفسه؛ لأنه أمره بالتسليم إليه زكاة عنه، ولا يصلح زكاةً عنه إلا أن يكون ملكًا للآمر، فأثبتَ الملك هبةً في ضمن قبض الفقير، فلأَن تثبت الهبة للمأمور هاهنا في ضمن قبضه لنفسه ليطأها أَوْلَى، كذا في «الأسرار».

فَأَثْبَتْنَاهُ بِالهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الإِذْنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنًى عَنْهَا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ المِلْكُ لَهُ خَاصَّةً بِنَفْسِ العَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لِمَا بَيَّنَّا.

قوله: فَأَثْبَتْنَاهُ، أي: أثبتنا ملك الجارية بالهبة الثابتة في ضمن الإذن.

فإن قلتَ: يُشكل على هذا ما ذكره في أصول الفقه، وهو أن الرجل إذا قال لغيره: أعتق عبدك عنِّي بغير شيءٍ، فأعتقه يقع العتق عن المأمور عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف رحمهم الله.

هما يقولان: المقتضى تبع للمقتضي، والقبض فعلٌ ليس من جنس القول فلا يثبت في ضمنه، ولا وجه لإسقاط القبض بطريق الاقتضاء؛ لأن العمل بالمقتضى إنما يكون في إسقاط ما يحتمل السقوط دون ما لا يحتمل، وشرطُ القبض بوقوع الملك في الهبة لا يحتمل السقوط بحالٍ، بخلاف القبول في البيع فإنه يحتمل السقوط بالتعاطي، وهنا أيضـًا كذلك يجب أن لا تثبت الهبة في ضمن الإذن على قولهما أيضًا؛ لأن جميع ما ذكرا هناك موجود هاهُنا.

قلتُ: ذكر في «الإيضاح»: أبو حنيفة رحمه الله يقول بأن القياس أن كل ما يتصور أن يكون على الشركة أن يقع مشتركـًا بينهما إلا فيما تمسُّ الضرورة إليه ممَّا لا بدَّ منه، والجارية ليست من ذلك القبيل فوقع على الشركة، فوقوعه على الشركة لا يستدعي إذنًا جديدًا، فلم يبق لهذا الإذن تأثيرٌ إلا في التمليك، كأنه قال: اشتر جارية بيننا وقد وهبتُ لك نصيبي منها، فإذا اشترى وقبض صحت الهبة فلا يرجع بشيءٍ من الثمن؛ لأنه نقد المال المشترك فيما هو واقعٌ للشركة، وبهذا التقرير يُعلم أن الهبة هاهُنا إنما كانت بعد ثبوت الملك بينهما مشتركـًا، وبعد القبض، وهبةُ المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة سواءٌ كانت للشريك أو لغيره.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» بعد تقرير كلام يُوافق هذا التقرير، فقال: بقيَ هاهنا إشكالٌ هائلٌ، وهو أنَّ الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكمـًا للإذن بالوطء، فإن أصل المسألة هو أن يأذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتريَ جاريةً فيطأها، ففعل فهيَ له،

(وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَالْمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَتِ الكَفَالَةَ فَصَارَ كَالطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ.

ولا يثبت الملك في الجارية بالهبة حكماً للإحلال، فإنَّ الرجل إذا قال لغيره: أحللتُ لك وطء هذه الجارية، فالجارية لا تصير ملكاً للمخاطب حكمًا للهبة بالإحلال، وعلى قياس هذا وجبَ أن يثبت.

ثمَّ قال: ولا وجه يترآءى في التفصيّ عن هذا الإشكال سوى أن نصيب الشريك من الجارية الشتركة أقبل للتملك من جارية لم يكن للمخاطب في شقص منها ملك؛ بدليل أن أحد الشريكين يملك الجارية المشتركة بالاستيلاد، ومن لم يكن له ملك في شقص منها لا يملكها بالاستيلاد إذا لم يكن له حق التملك، ومن له حقُّ التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة أنه لا يثبت الملك له حكمًا للهبة بالإحلال.

ثمَّ قال: ويتحايل هاهنا فرقٌ آخر وهو أن قوله: أحللتك وطء هذه الجارية، لا يمكنُ إثبات موجبه على تقدير ثبوت الملك لوجوب الاستبراء على تقدير ثبوت الملك، وقوله فيما نحن فيه: فيطأها، يمكن حمله على الاستقبال؛ لأن اللفظ يحتمله، ويمكن أن يجعل الفاء للعطف؛ ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» المرتّب قُبيل كتاب الوكالة، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الوَقْفِ

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة من حيث أن المقصود في كل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال لإزاحة البَلْبَال؛ إذ المقصود من الشركة الانتفاع بربح زيد على رأس المال ذي القرار، ومن الوقف أيضاً الانتفاع بالريع الزائد على العقار.

ثم محاسن الوقف ظاهرةٌ، وهي المنفعةُ الدَّارة على طبقات الإنس، وإفناء الخلق، وصرفُ الفوائد إلى رأب بال النكس، ورَفْوُ الخرق.(١)

ثم نحتاج هاهنا إلى تفسير الوقف لغةً وشرعًا، وسببه، وشرطه، وركنه، وحكمه.

أمَّا تفسيره لغةً: فيقال: وقفت الدابة، تقفُ وقوفاً، ووقفتها أنا وقفاً، يتعدى ولا يتعدى، ووقفت الدار للمساكين وقفاً، وأوقفتها بالألف لغة رديئة، ثم قيل للموقوف (وقفٌ) تسميةً بالمصدر، فلذا جُمع على أوقافٍ، كوقت وأوقاتٍ، كذا في «الصحاح» و«المغرب».

وأمَّا تفسيره شرعًا: فقد ذكره شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: هو في الشريعة عبارةٌ عن حبس المملوك عن التمليك من الغير.

وأمَّا سببه: فما هو السبب في نوافل العبادات، وهو طلبُ زيادة الزلفى في العقبى عند ربه الأعلى.

وأمَّا شرطه: فما هو الشرط في سائر التبرعات المطلقة من كونه حرًّا عاقلًا بالغـًا، وهذا

(١) كُتبت في هامش نسخة عاطف أفندي (عط) معاني اللغات المشكلة: البَلْبَالُ: الهمّ، الرَّأبُ: إصلاح الأمر، النَّكِس: بكسر العين: الرجل الضعيف.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: (لا يَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عَنِ الوَقْفِ إلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ: إذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: (يَزُولُ مِلْكُهُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الوَقْفُ لُغَةً هُوَ الحَبْسُ تَقُولُ وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَأَوْقَفْتُهَا بِمَعْنًى، وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: حَبْسُ

شرطٌ عامٌّ.

وأمَّا شرطه الخاص فعند أبي حنيفة رضي الله عنه: الإضافةُ إلى ما بعد الموت أو الوصية، خلافـًا لهما، وعند محمد رحمه الله التسليم إلى المتولي، وعدم الشيوع فيما يحتمل القسمة خلافـًا لأبي يوسف رحمه الله فيهما، وعند أبي يوسف يُكتفى بالإشهاد.

ومن شرطه الخاص أيضـًا: أن يكون المحل عقارًا أو دارًا، ولا يصح وقف المنقول إلا في الكراع والسلاح.

وأمَّا ركنه: فالألفاظ يثبت بها الوقف كقوله: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدةً على المساكين، يصير وقفًا بالإجماع، وأمَّا إذا لم يقل مؤبدةً، فإنه يصير وقفـًا في قول عامة من يجيز الوقف، كذا في «الأسرار»، و«الذخيرة».

وأمَّا حكمه: فإنه إذا صحَّ يخرج الوقف من ملك الواقف، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ، يعني: يجوز الوقف بمجرَّد قوله: وقفتُ، سواء كان مشاعًا أو مقسومـًا، سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه، اشترط التأبيد فيه أو لم يشترط.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا باستجماع شرائطه، وشرائطه ثلاثٌ أن يكون مقسومـًا، مخرجـًا عن يده ومسلَّمًا إلى المتولي، وأن يشترط فيه التأبيد، وهو أن يجعل آخره

العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ، ثُمَّ قِيلَ المَنْفَعَةُ مَعْدُومَةٌ فَالتَّصَدُّقُ بِالمَعْدُومِ لا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ، وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ

إلى سبيل خير لا ينقطع أبدًا، فحينئذٍ يجوز، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَهُوَ المَلْفُوظُ فِي الأَصْلِ، أي: وهو المذكور في «المبسوط»، **فقوله**: وَهُوَ، راجع إلى **قوله**: فَلَا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، ولكن لفظ «المبسوط» ليس بعين ذلك اللفظ، بل لفظه: فأمَّا أبو حنيفة رضي الله عنه فكان لا يجيز ذلك، ثم قال: فمراده أنه لا يجعله لازمـًا، فأمَّا أصل الجواز فثابت عنده.

وكذا ذكر في «فتاوى قاضي خان» فقال: وذكر في «الأصل»: كان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يجيز الوقف، وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال: عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف، وليس كما ظنَّ، بل هو جائزٌ عند الكل، إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صحَّ الوقف يزول عن ملك الواقف لا إلى مالك، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يجوز الوقف جواز الإعارة تُصْرف المنفعة إلى جهة الوقف، وتَبقى العين على ملك الواقف، فله أن يرجع، ويجوز بيعه ويُورث عنه، ولا يلزم إلا بطريقين:

أحدهما: قضاء القاضي بلزومه؛ لأنه مجتهدٌ فيه.

والثاني: أن يخرج مخرج الوصية فيقول: أوصيتُ بغلَّة داري هذه، فحينئذٍ يلزم الوقف، وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكلفات، والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذا للآثار المشهورة عن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم، وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات، وأوَّلُها وقف الخليل صلوات الله عليه.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ، فإن العارية جائزة غير لازمة فكذا الوقفُ، ولهذا قال: لو أَوْصَى به بعد موته يكون لازمـًا بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت.

قال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: إذا خاف الواقف أن يُبطل وقفه بعض

العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مُلْكِ اللهِ تَعَالَى فَيَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عَنْهُ إِلَى اللهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهٍ تَعُودُ مَنْفَعَتُهُ إِلَى العِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ، وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا وَالتَّرْجِيحُ بِالدَّلِيلِ، لَهُمَا «قَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حِينَ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِأَرْضٍ لَهُ تُدْعَى ثَمْغًا: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا لا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ

القضاة فللتحرز عن ذلك طريقان:

أحدهما: أن يحكم القاضي بلزومه، وذلك أن الواقف بعد الوقف والتسليم إلى المتولى يُخاصمه إلى قاضٍ يرى لزوم الوقف، فإذا قضى نفذ قضاؤه؛ لأنه صدر عن اجتهاد في محل الاجتهاد.

والثاني: أن يذكر الواقف بعد الوقف والتسليم، فإن أبطله القاضي أو غيرُه بوجه من الوجوه، فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف، يُباع فيتصدق بثمنها على الفقراء والمساكين؛ لأن القاضي إنما يبطل الوقف بعد موت الواقف عند خصومة الوارث أو الغريم ليصل منفعة الوقف إليهم، وبما ذكر الواقف هذاو كتبَ ينعدم ذلك، فلا يشتغل أحد بإبطاله لعدم الفائدة، والوصية ممَّا يحتمل التعليق بالشرط، وإذا أبطله قاضٍ من القضاة ليصير وصية يعتبر من جميع ماله، كذا في «فتاوى قاضي خان».

قوله: وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، أي: لفظ الوقف يتناول ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه وهو **قوله:** إن الوقفَ حَبْسُ العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ، ويتناول أيضًا ما قالاه، وهو أن الوقفَ حَبْسُ العَيْنِ عَلَى حُكْمِ مُلْكِ اللهِ تَعَالَى، ولمَّا كان كذلك لم يمكن ترجيح أحد المذهبين بلفظ الوقف؛ إذ تناوله إيَّاهما على السواء، فلا بدَّ في ترجيح أحد المذهبين على الآخر بدليل آخر.

ثم ابتدأ ببيان دليلهما **بقوله:** لَهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى آخره.

«روى صخر بن جُوَيْرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تُدْعَى ثَمَغْ، وكانت نخلًا نفيسًا، فقال عمر: يارسول الله، إنِّي استفدتُ مالًا، وهو عندي

وَلا يُوهَبُ» وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَى أَنْ يَلْزَمَ الوَقْفُ مِنْهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَى الدَّوَامِ، وَقَدْ أَمْكَنَ دَفْعُ حَاجَتِهِ بِإِسْقَاطِ المِلْكِ وَجَعْلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى، إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ المَسْجِدُ فَيُجْعَلُ كَذَلِكَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -:

نفيسٌ، أفأتصدق به؟ قال: تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لا يُبَاعُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَا يُوهَبُ، ولكن لِيُنفق من ثمرته، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله، وفي الرقاب، والضيف، والمساكين، وابن السبيل، ولذي القربى، ولا جناح على من وَلِيَه أن يأكل بالمعروف، أو يُوكل صديقاً له غير متموّل عنه، وهذه الأرض سهم عُمر بخيبر حين قسم رسول الله صلّى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه».

و(ثَمَغ) لقبٌ لها، وقد كانت لأملاكهم ألقابٌ حتى كان لرسول الله صلّى الله عليه وسلم ناقةٌ يقال لها: عَضْبَاء، وبَغلَة يقال لها: دُلْدُل، وفرسٌ يقال لها: السكْبُ، وحمار يقال له: يَعْفُور، وعمامة تُسمَّى السحابة، وفي هذا دليل على أن من قصد التقرّب إلى الله تعالى فينبغي أن يختار لذلك أنفس أمواله وأطيبها، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغرب»: ثَمْغ، بفتح الثاء وسكون الميم، بالغين المنقوطة: أرض لعُمر، وكانت هي مقيَّدة بغير تنوين في نسخة شيخي رحمه الله.

قوله: إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ المَسْجِدُ، فقالا: اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق، وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحدٍ، ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قَصَدَها، فكذلك في الوقف، وبهذا تبيَّن أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه من ملكه، ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، فإذا جازَ هذا النوع من الإخراج والحبس لمصلحة المعاد، فكذلك لمصلحة المعاش، كبناء الخانات والرباطات، واتخاذ المقابر، ويستدلون بالعتق أيضًا، فإنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك، وصحَّ ذلك على قصد التقرب، فكذلك في الوقف، كذا في «المبسوط».

«لا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَى» وَعَنْ شُرَيْحٍ رَحِمَهُ اللهُ: جَاءَ مُحَمَّدٌ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِبَيْعِ الحَبِيسِ لِأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ فِيهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكْنَى وَغَيْرَ ذَلِكَ وَالمِلْكُ فِيهِ لِلْوَاقِفِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرْفِ غَلَّاتِهِ إِلَى مَصَارِفِهَا وَنَصْبِ القَوَّامِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنَافِعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ العَارِيَّةِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّصَدُّقِ بِالغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدُّقَ عَنْهُ إِلَّا بِالبَقَاءِ عَلَى مِلْكِهِ، وَلِأَنَّهُ

قوله: «لا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَى»، والمراد من فرائض الله تعالى الميراث، أي: لا مال يُحْبَس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، كذا في «الطلبة» بخط شيخي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم: «لا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَى»، ولكنَّهم يحملون هذا الأثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة، والسَّائبة، والوصيلة، والحامي، ويقولون: الشرع أبْطَل ذلك كله.

لكنا نقول: النكرة في موضع النفي تعم، فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل.

قوله: جَاءَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِبَيْعِ الحَبِيسِ، فهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة لذلك.

السَّائِبَة: هي الناقة التي تسيب لنذرٍ، وكان الرجل يقول: إذا قدمتُ من سفري، أو برئتُ من مرضي فناقتي سائبةٌ، وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع، يعني: أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية، من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعًا بها، ولو سُيِّب دابته لم تخرج من ملكه، فكذلك إذا وقف أرضه أو داره.

وقد استبعد محمدٌ قول أبي حنيفة رضي الله عنه في الكتاب، ولهذا سمَّاه تحكمًا على الناس من غير حجة فقال: ما أخذ الناسُ بقول أبي حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلا بتركهم التحكم على الناس، فإذا كانوا هم الذين يتحكَّمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا

[illegible]

فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايِخِ، وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَالَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ وَالوَقْفُ فِي الصِّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَإِذَا كَانَ المِلْكُ يَزُولُ عِنْدَهُمَا يَزُولُ بِالقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى المُتَوَلِّي لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى العَبْدِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ مَالِكُ الأَشْيَاءِ لا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قوله: لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللهِ تَعَالَى، وَهُوَ مَالِكُ الأَشْيَاءِ لا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، إنما يتحقق ضمنًا كما في الزكاة تكون مِلْكًا لله تعالى بواسطة كون المال ملكًا للفقير.

قوله: وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ، أمَّا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فإنه جائز غير لازم إلا عند حكم الحاكم، أو تعليقه بالموت، وعند أبي يوسف بمجرَّد القول، وعند محمد بالقول والتسليم إلى المتولي، أو بشروط ثلاثة على ما ذكرنا من رواية «شرح الطحاوي».

قوله: خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، كإمام المسجد وغيره.

قوله: بَلْ يَنْفُذُ بَيْعُهُ، أي: بيع الموقوف عليه، أي: لو دخل في ملكه لنفذ بيعُه، فلا ينفذ بالاتفاق فيما إذا ثبتَ خروج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق، وذلك عند حكم الحاكم.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لَمَا انْتَقَلَ عَنْهُ، إلى **قوله:** كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، أي: كسائر أملاك الموقوف عليه، تفسير هذا الكلام، أي: لو ملك الموقوف عليه يجبُ أن لا ينتقل عنه إلى الفقراء بشرط المالك الأول وهو الواقف بقوله، وهذا الوقف بعد هذا الموقوف عليه للفقراء، فإنَّ شرطه هكذا يصح بالاتفاق على ما يجيء في **قوله:** وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ البَعْضَ،

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَإِذَا اُسْتُحِقَّ مَكَانَ قَوْلِهِ: إِذَا صَحَّ (خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الوَاقِفِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ لا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَنْفُذُ بَيْعُهُ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لَمَا انْتَقَلَ عَنْهُ بِشَرْطِ المَالِكِ الأَوَّلِ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَوْلُهُ: (خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ) يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا

إلى أن قال: فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ.

وقوله: خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ، فإن قيل: الوقف تصدّق بالغلة، لا خروج أصله عن ملك الواقف، فإنه لو خرج أصله لما صحَّ شرطه في صَرْف الغلة، كما إذا أعتق عبده بشرط أن يُصْرف غلته إلى كذا، أو جعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، أو وهبَ بشرط أن لا يُباع، والتصدّق بالغلة المعدومة لا يجوز إلا أن تكون وصيةً، وهو دليلٌ على بقاء أصل الغلة وهو الأرض على ملك الموصي، فكذا هنا.

قلنا: إنَّا وجدنا القربان يصير لله تعالى بالإراقة، ثم صاحبه يتصرف فيه بالأكل، والإطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه هو المتقرّب به، فكان جائزًا أن يكون إلى الواقف؛ ولأنه بيان المصارف لكونه هو الواقف لا لبقاء أصله على ملكه، بخلاف العتق؛ لأن العبد يصير مستحقًّا بنفسه، ومالكًا لمنافعه، فلا يعمل فيه تصرف غيره وكذلك الهبة، وأمَّا المسجد فالأصل فيه الكعبة والمسجد الحرام، وفيه سواء العاكف فيه والباد، فعلمنا أن الله تعالى لم يُول التخصيصَ إلى الذي جعله مسجدًا وألحقه بالمسجد الحرام والكعبة، كذا في «الأسرار».

وقوله: خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا، إلى آخره.

فإن قلتَ: ذكر قبل هذا: لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، وهذا الاستثناء إنَّما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه في حق زوال الملك عن ملك الواقف، مع أنه صرَّح بأنه قول أبي حنيفة رحمه الله في أول الكتاب، وأمَّا على قولهما فيزول ملك الواقف بدون حكم الحاكم على ما ذكر، ثمَّ هاهنا كيف يصح دعوى التخصيص بقوله: يجب أن

عَلَى الوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ.

قَالَ: (وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ وَالقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَتِمَّتُهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ لِأَنَّ أَصْلَ القَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَأَمَّا فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ فَيَجُوزُ

يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قولهما؟

قلتُ: الذي ذكرته في اللزوم، وما ذكره في الكتاب بقوله: وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ، في الصحة، والصحة غير اللزوم، فلا يلزم من وجود الصحة وجود اللزوم، كالعقود الصحيحة غير اللازمة من العارية والمضاربة والشركة، فإنَّها صحيحة غير لازمة، فكان القولُ بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صحَّ الوقف قولهما، لا قول أبي حنيفة رضي الله عنه إلا إذا حكم به الحاكم حينئذٍ كان خروجُ الوقف عن ملك الواقف قول الكل.

قوله: لِأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ، فإن القبض للحيازة، وتمام الحيازة فيما يُقسم بالقسمة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَتِمَّتُهُ، وهي القسمة، وأمَّا فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع، ألا ترى أنه لو وقف نصف الحمَّام يجوز وإن كان مشاعًا؛ لأنه لا يحتمل القسمة، فصار كهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، ثم الاختلاف بينهما في أن الشيوع فيما يحتمل القسمة هل هو مانع لصحة الوقف أم لا؟ بناءً على أن القسمة فيما يحتمل القسمة من تمام القبض بالاتفاق، لكن أصل القبض فيما يحتمل القسمة ليس بشرطٍ عند أبي يوسف رحمه الله، فكذا إتمامه لا يكون شرطًا، وعند محمد رحمه الله أصل القبض فيما يحتمل القسمة شرطٌ، فكذا ما يتمُّ به القبض.

ولو وقفَ جميع أرضه أو داره ثم استحقَّ نصفه أو ربعه او ما أشبهه شائعاً بطل الوقف فيما بقي عند محمد رحمه الله؛ لأن بالاستحقاق تبيَّن أن ما وقفه الواقف كان مشاعًا، ووقفُ المشاع فيما يحتمل القسمة باطل عنده، وهذا بخلاف ما لو استحق شيءٌ منه بعينه حيث

مَعَ الشُّيُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، إِلَّا فِي المَسْجِدِ وَالمَقْبَرَةِ، فَإِنَّهُ لا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ المُهَايَأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ القُبْحِ بِأَنْ يُقْبَرَ فِيهِ المَوْتَى سَنَةً، وَيُزْرَعَ سَنَةً وَيُصَلَّى فِيهِ فِي وَقْتٍ وَيُتَّخَذَ إِصْطَبْلًا فِي وَقْتٍ، بِخِلَافِ الوَقْفِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِغْلَالِ وَقِسْمَةِ الغَلَّةِ، وَلَوْ وَقَفَهُ الكُلَّ

لا يبطل الوقف في الباقي؛ لأن هناك لا يتبيَّن الشيوع في الباقي؛ لأن المُستحق مُميّز فيما بقي، فهو بمنزلة ما لو وقف دارَيْن فاستُحق إحداهما، ومشايخ بلخ رحمهم الله أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله في وقف المشاع، ومشايخ بُخارى رحمهم الله أخذوا بقول محمد رحمه الله، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، أي: الصدقة الخاصَّة المُسلَّمة إلى الفقير، هذا احتِراز عن الصدقة الموقوفة، وهي التي نحن فيها، فإن الوقف صدقة أيضـًا، لكن ليس بخاصة لعدم التمليك من الفقراء، ولصحة تصرف الواقف فيه بعد الوقف، ولفظ «الأسرار» يدل على هذا، وكذلك لفظ الكتاب **بقوله**: وَالصَّدَقَةُ المَمْلُوكَةُ، تدل على هذا يعني: لا تجوز الصدقة الخاصة في الشائع الذي يحتمل القسمة فكذا الوقف.

وذكر في «الأسرار»: واحتج محمد بأن الوقف صحته بلفظ الصدقة إمَّا اقتضاءً أو إفصاحـًا، وتمام الصدقة بالقبض دلَّ عليه أن الصدقة الخاصة مُجمَعٌ عليها، وهذا - أي: الوقف - فيه اختلاف، فلمَّا لم يصح المجمع عليه إلا بالقبض فهذا أوْلَى، ولأبي يوسف رحمه الله أن هذه الصدقة لمَّا تمَّت بالإبطال دون التمليك فارقت الصدقة الخاصة، وأشبهت الطلاق والعتاق والإبراء عن الدين.

وقوله: إِلَّا فِي المَسْجِدِ وَالمَقْبَرَةِ، استثناء من **قوله**: وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

قوله: فَإِنَّهُ لا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، بأن كان الموضع صغيرًا لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد، واتخاذ المقبرة على تقدير القسمة.

ثُمَّ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ بَطَلَ فِي البَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنٌ كَمَا فِي الهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي البَعْضِ أَوْ رَجَعَ الوَارِثُ فِي الثُّلُثَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ المَرِيضِ وَقَدْ وَهَبَهُ أَوْ أَوْقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي المَالِ ضِيقٌ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلِكَ طَارِئٌ، وَلَوْ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مُمَيَّزٌ بِعَيْنِهِ لَمْ يَبْطُلْ فِي البَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهَذَا جَازَ فِي الِابْتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَمْلُوكَةُ.

قَالَ: (وَلا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ

وكتبَ شيخي رحمه الله بالفارسية في هذا الموضع: (بآن كه صالح نماند مر نماز كردن را، ودفن كردن مرده را)، وحاصل ذلك أن جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلًا لا قبل القسمة، وهو حال كونه مُشاعًا، ولا بعد القسمة؛ أمَّا قبل القسمة فلأنَّ بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما يجيء في مسألة من جعل مسجدًا تحته سِرْدابٌ إلى آخره، فلا يكون مسجدًا؛ وأمَّا بعد القسمة فلأنه لا يصلح لما أريد منه من اتخاذ المسجد والمقبرة بعد القسمة لصغره؛ لأن الكلام فيه، فلا يكون مسجدًا ولا مقبرةً، فأمَّا الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق، أمَّا عند أبي يوسف فالشيوع غير مانع أصلًا، وأمَّا عند محمد فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لصلاحيته لما أراده الواقف، فإن الانتفاع بالشائع ممكن إمَّا بطريق المهايأة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلة، وأمَّا المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يؤدي إلى أمر قبيح؛ وذلك لأنا لو جوَّزناه وقعت الحاجة إلى المهايأة لعدم جواز الانتفاع بالاستغلال، وفي القول بالمهايأة يلزم أن يقال: يُقبر فيه الموتى في سنة ثم يُنبش في السنة الثانية ويُزرع لمراعاة حق المالك، ويصلي الناس في المسجد فِي وَقْتٍ، وَيُتَّخَذَ إِصْطَبْلًا فِي وَقْتٍ آخر بحكم المهايأة لما قلنا، وذلك ممتنع، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَعَلَى هَذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَمْلُوكَةُ، أي: المسلَّمة إلى الفقراء فصارت مملوكة لهم.

قوله: وَلا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ

لا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا سَمَّى فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ، جَازَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ).

لا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا سَمَّى فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ جَازَ، وفي «المبسوط»: فالحاصل أنَّ أبا يوسف توسَّع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع، حتى جوَّزها غير مقبوض، فكذلك غير مقسوم، وفي قوله الأول ضيَّق فيها غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال: لا يلزم في الحياة أصلًا، وتوسَّط قول محمد في ذلك، ولهذا أفتى عامَّة المشايخ فيها بقول محمد رحمه الله.

ثمَّ قال: وممَّا توسع فيه أبو يوسف رحمه الله أنه لا يُشترط التأبيد فيه، حتى لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصحُّ عنده، وإن لم يجعل آخرها للمساكين؛ ومحمد يشترط التأبيد فيها.

ثمَّ قال بعد أوراقٍ: وإذا وقفها على أمَّهات أولاده جاز، وإن لم يحتج من بقي منهنَّ كان ميراثًا على فرائض الله تعالى، وهذا الشرط يجوز عند أبي يوسف في الحياة والموت؛ لما بيَّنا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد، واشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوّت موجَب العقد عنده، فأما عند محمد فالتأبيد شرط للزوم الوقف في الحياة، واشتراط العود إلى الورثة يُعدم هذا الشرط، فيكون مبطلًا للوقف، فعلى هذا ما ذكره في الكتاب: وَقِيلَ: إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالإِجْمَاعِ، إلى آخره، لا يصحّ.

ولكن ذكر في «الذخيرة»، و«التمَّة» ما يوافق المذكور في الكتاب وقال: والتأبيد شرط عند محمد، حتى لو وقفَ على جهة يتوهم انقطاعُها بأن وقف على أولاده، وأولاد أولاده، ولم يجعل آخره للفقراء، لا يصح الوقف، وعلى قول أبي يوسف التأبيد ليس بشرطٍ، حتى إنَّ في هذه المسألة يصحُّ الوقف عند أبي يوسف، وإذا ماتُوا أو انقرضوا يعود إلى ملكه إن كان حيًّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا، والخلاف على هذا الوجه مذكورٌ في «شرح الطحاوي»، وفي «شرح شمس الأئمة السرخسي» رحمهما الله.

وقد ذكر محمد رحمه الله في آخر «كتاب الوقف» أن الوقف المؤقت باطلٌ، ولم يذكر

لَهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالعِتْقِ، فَإِذَا كَانَتِ الجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لا يَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ مُقْتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي البَيْعِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللهِ تَعَالَى

فيه خلافاً، فيُحمل ذلك على أنه قول محمد وإن كان على الوفاق، فهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أن الوقف المؤقت باطلٌ.

وبعضُ مشايخنا قالوا: لا خلاف في أن التأبيد شرط صحة الوقف، وإنَّما الخلاف في تلك المسألة في شيءٍ آخر أنَّ عند أبي يوسف يثبت التأبيد بنفس الوقف من غير اقتران شيءٍ آخر به، وعند محمد لا يثبت التأبيد بنفس الوقف ما لم يجعل آخرَه للمساكين والفقراء، ولمَّا كان من مذهب أبي يوسف أن التأبيد يثبت بنفس الوقف، فإذا ماتَ أولاده وانقرضوا حينئذٍ تصرف الغلة إلى الفقراء.

وهذا القائل يقول ما ذكر في «شرح الطحاوي» وفي «شرح شمس الأئمة» أنه إذا مات أولاده يعود إلى ملكه خطأٌ.

وفي «المنتقى»: بِشْرٌ عن أبي يوسف: إذا وقف أرضه على ذي الحاجة من ولده وولد ولده ما تناسلوا أبدًا فذلك جائزٌ، ولو وقفها على فقراء ولده ولم يَجْعلها لفقراء النسل منهم لم يجز، قال: لا يجوز من الوقف إلا الوقف المؤبَّد، فإذا كان الوقف لقوم خاصٍّ لا يجوز الوقف عليهم؛ لأنه ينقطع، فهذا تنصيص من أبي يوسف أن التأبيد شرطٌ؛ لأن الوقف على الولد ليس بوقف على الأبد، وإذا ذكر النسل فهو وقف أبدًا.

قوله: لَهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلْكِ، فإن قلتَ: يتناقض هذا الكلام بما قبله على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، فإنه ذكر في أول كتاب الوقف من الكتاب: وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: حَبْسُ العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ، فلمَّا كان موجبُ الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله عدم زوال الوقف عن ملك الواقف كيف يكونُ موجبَه عنده زوال الملك عن ملك الواقف.

وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ، وَمَرَّةً بِالصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالإِجْمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ لِأَنَّ لَفْظَةَ الوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ مُنْبِئَةٌ عَنْهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ كَالعِتْقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ: (وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ)، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ شَرْطٌ لِأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالمَنْفَعَةِ أَوْ بِالغَلَّةِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَدْ يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطْلَقُهُ لا يَنْصَرِفُ إِلَى التَّأْبِيدِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقَارِ) لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ - وَقَفُوهُ (وَلا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذَا عَلَى الإِرْسَالِ قَوْلُ

قلتُ: جعل في «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«التتمَّة» وغيرها هذا القول، وهو زوال الملك عن ملك الواقف بشرط التأبيد، قول محمد خاصةً، لا قول أبي حنيفة، فعلى ما ذكره في الكتاب جاز أن يكون عنه روايتان، فوقعَ التعليل في الموضعين على حسب تينك الروايتين، أو أراد هاهُنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه، فحينئذٍ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق لما ذكرنا، أو فرَّع هذا الحكم على قول من يرى خُروجَه عن ملكه، وهو قولهما كما في مسائل المزارعة.

قوله: وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ، أي: المقصود وهو التقرب إلى الله تعالى موفَّر على جعل الوقف إلى جهة تنقطع أيضًا، كما هو موفَّر على جَعْله إلى جهة لا تنقطع.

قوله: وَهَذَا عَلَى الإِرْسَالِ، أي: على الإطلاق، أي: قوله في الكتاب: وَلا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ، مطلقـًا من غير ذكر الخلاف محمول على قول أبي حنيفة، وأمَّا على قول أبي يوسف إن كان تبعًا لغير المنقول فجائزٌ، وعلى قول محمد فجائزٌ كيف ما كان بعد أن كان مُتعارفـًا، والدليل عليه ما ذُكر في وصايا «المبسوط»: إذا أوصى بظهر دابَّته للمساكين

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأُكْرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ جَازَ) وَكَذَا سَائِرُ آلاتِ الحِرَاسَةِ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ المَقْصُودُ، وَقَدْ يَثْبُتُ مِنَ الحُكْمِ تَبَعًا مَا لا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالشُّرْبِ فِي البَيْعِ وَالبِنَاءِ فِي الوَقْفِ، وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ المَنْقُولِ بِالوَقْفِ عِنْدَهُ فَلَأَنْ يَجُوزَ الوَقْفُ فِيهِ تَبَعًا أَوْلَى.

(وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ حَبْسُ الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ) وَمَعْنَاهُ وَقْفُهُ فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِيهِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ الآثَارُ المَشْهُورَةُ فِيهِ، مِنْهَا قَوْلُهُ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

كان باطلًا في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّ من أصله أن وقف المنقول لا يجوز، وإن أضيف إلى ما بعد الموت وهو قول أبي يوسف، وأمَّا عند محمد فوقف المنقول جائز فيما هو متعارفٌ، وأمَّا إذا أوصى بظهر دابته لإنسان معلوم يركبها في حاجته فهو جائز بالاتفاق؛ لأنه وصيَّة بالإعارة منه.

الأُكرة: جمع أكَّار وهو الزارع، كأنه جمع آكر في التقدير.

قوله: كَالشُّرْبِ فِي البَيْعِ، أي: يجوز بيع الشرب تبعًا للأرض، فكذلك هاهنا يجوز وقف المنقول تبعًا لغير المنقول، وهو كثير النظير كالأضحية، والإقامة من الجندي، أو العبد، أو المرأة، وهم في المفازة، والأميرُ والمولى والزوج في المصر، فنووا الإقامة، وكذلك البناء، وهو منقولٌ يدخل في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء كوقف الرباطات والخانات.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ المَنْقُولِ، أي: من غير أن يجعل تبعًا لشيءٍ كما في المتعارف، كالفأسِ والقدومِ والمرِّ عند محمد، فكان أوْلَى أن يجوز وقف المنقول عنده تبعًا لشيءٍ آخر.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ، أي: من شرط التأبيد، والتأبيد لا يتحقق في المنقول.

وَالسَّلَامُ - «وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حَبَسَ أَدْرُعًا وَأَفْرَاسًا لَهُ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى وَطَلْحَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حَبَسَ دُرُوعَهُ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى» وَيُرْوَى أَكْرَاعَهُ، وَالكُرَاعُ: الخَيْلُ، وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الإِبِلُ؛ لِأَنَّ العَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيْهَا، وَكَذَا السِّلَاحُ يُحْمَلُ عَلَيْهَا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقْفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنَ المَنْقُولَاتِ كَالفَأْسِ وَالمَرِّ وَالقَدُومِ وَالمِنْشَارِ وَالجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا وَالقُدُورِ وَالمَرَاجِلِ وَالمَصَاحِفِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ القِيَاسَ إِنَّمَا يُتْرَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ، وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: القِيَاسُ قَدْ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ، وَقَدْ وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ، وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِلْحَاقًا لَهَا بِالمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُمْسَكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الأَمْصَارِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَمَا لا تَعَامُلَ فِيهِ لا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَقْفُهُ.

الكُراع: اسمٌ يجمعُ الخيلَ، والكراعُ في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير، وهو مستدقّ الساق، يُذكر ويُؤنث، والجمع أكرُعٌ ثم أكارع، كذا في «الصحاح»، ولكن المراد هنا الأول، وهو الخيل.

القدومُ: من آلات النجار للنَّحت، فالتشديد فيه لغةٌ، وكذلك المِنْشَارُ من آلات النجار للقطع، من نشرتُ الخشبةَ أنشرُها، إذا قطعتَها بالمنشار، كذا في «المغرب»، و«الصحاح».

قوله: إِلْحَاقًا لَهَا بِالمَصَاحِفِ، أي: إلحاقاً للكتب بالمُصحف، والمُصحف جائز فيه الوقف فكذا يجوز في الكتب.

وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: اختلف المشايخ في وقف الكتب، جوَّزه الفقيه أبو الليث رحمه الله، وعليه الفتوى.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كُلُّ مَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ يَجُوزُ وَقْفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، فَأَشْبَهَ العَقَارَ وَالكُرَاعَ وَالسِّلَاحَ، وَلَنَا أَنَّ الوَقْفَ فِيهِ لا يَتَأَبَّدُ، وَلا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بِخِلَافِ العَقَارِ، وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعِ وَلا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلِ،

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: كُلُّ مَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ، هذا احتِراز عن الدَّراهم والدنانير، فإن الانتفاع الذي خُلقت الدراهم والدنانير لأجله هو الثمنية، لا يُمكن الانتفاع بهما مع بقاء أصله في ملكه.

وقوله: وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، معطوف على **قوله:** يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ، أي: كل ما كان مُتصفًا بهذين الوصفين: وهما إمكان الانتفاع به، وجواز البيع إيَّاه، يجوز وقفه، فكان **قوله:** وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، احتِرازًا عمَّا لا يجوز بيعه، كحمل الجارية ونتاج الناقة، فإنه لا يجوز بيعُه فلا يجوز وقفه.

قوله: وَلا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعِ وَلا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلِ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ، شرحُ هذا أنَّ الوقف في المنقولات كلها ينبغي أن لا يجوز، وهو القياس؛ لما أن من شرط صحة الوقف التأبيد، والتأبيد في المنقولات كأنَّها لا يتحقق، فكان دليل عدم الجواز شاملًا في الكل، إلا أنَّ السمع وردَ في الكراع، والسلاح، والتعامل ورد في الفأس والمرِّ والقدوم على ما ذكر، فكانت الكراع، والسلاح بسبب السمع، والفأس، والمرُّ، والقدوم بسبب التعامل مخصوصة عن ذلك الدليل الذي يقتضي عدمَ الجواز في المنقولات كلها، فبقي ما وراء الكراع والسلاح والفأس والمرِّ والقدوم من المنقولات، كالعبيد والإماء من غير أن يكون تبعًا لشيء، والثياب والبسط وغيرها من المنقولات التي لم يرد السمعُ في حقها، ولم يجر التعامل فيما بين الناس بالوقف بها على أصل القياس من عدم الجواز، فكان **قوله:** وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعِ، احتِرازًا عن الكراع والسلاح، **وقوله:** وَلا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلِ، احتِرازًا عن المرِّ والفأس والقدوم.

فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ العَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعْنَى القُرْبَةِ فِيهِمَا أَقْوَى فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ وَلا تَمْلِيكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكُ القِسْمَةَ فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِيكِ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا جَوَازُ القِسْمَةِ فَلِأَنَّهَا تَمْيِيزٌ وَإِفْرَازٌ، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ الغَالِبَ فِي غَيْرِ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ مَعْنَى المُبَادَلَةِ، إِلَّا أَنَّ فِي الوَقْفِ جَعَلْنَا الغَالِبَ مَعْنَى الإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ فَلَمْ تَكُنْ بَيْعًا وَتَمْلِيكًا؛ ثُمَّ إِنْ وَقَفَ نَصِيبَهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرَكٍ،

قوله: فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ، أي: فبقي وقف المنقول الذي تنازعنا فيه كالثياب والبسط وغيرهما من المنقولات التي لم يرد السمع ولم يجز التعامل على أصل القياس من عدم الجواز.

قوله: فَكَانَ مَعْنَى القُرْبَةِ فِيهِمَا - أي: في العقار والجهاد - أَقْوَى، للتأبد في العقار، ولكون الجهاد سنام الدين، فلا يُلحق بهما غيرُهما وهو القياس، إلا أن التعارف أقوى من القياس، فيُترك به القياس، كالاستصناع فيما فيه تعاملٌ؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»، فلذلك تُرِكَ القياس في المرِّ والقدوم وفيما فيه تعاملٌ.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا، استثناء من **قوله:** لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ، على طريق التجوُّز والاتساع؛ لأن القسمة ليست من أنواع البيع، ولكن معنى المبادلة راجح في العروض للتفاوت، بخلاف المكيلات والموزونات، فإن معنى الإفراز والتمييز راجح فيها، ولمَّا كان معنى المبادلة راجحاً في قسمة العقار جوَّز ذلك استثناؤها من البيع لوجود معنى البيع من وجهٍ.

قوله: أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْلِيكِ فَلِمَا بَيَّنَّا، وهو ما ذكر: ما قاله النبي صلَّى الله عليه وسلم لعُمر رضي الله عنه: «تصدَّق بأصلها لا تباع ولا توهب»، وما ذكر من المعنى **بقوله:** وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ، إلى آخره.

فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لِأَنَّ الوِلَايَةَ لِلْوَاقِفِ وَبَعْدَ المَوْتِ إلَى وَصِيِّهِ، وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالِصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ القَاضِي أَوْ يَبِيعُ نَصِيبَهُ البَاقِي مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ المُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ لِأَنَّ الوَاحِدَ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلَوْ كَانَ فِي القِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمَ إنْ أَعْطَى الوَاقِفَ لا يَجُوزُ لِامْتِنَاعِ بَيْعِ الوَقْفِ، وَإِنْ أَعْطَى الوَاقِفَ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

قوله: فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ، أي الواقف يقاسم شريكه لا القاضي.

قوله: وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالِصٍ لَهُ، **وقوله**: خَالِصٍ، صفة عقار، أي: لو كان له عقار مائة ذراع مثلًا فوقف نصفه خمسين ذراعـًا، يجب أن يكون المقاسم هاهنا غير الواقف؛ إذ لو كان هو مُقاسمـًا يلزم أن يكون الواحد مطالِبـًا ومطالَبـًا في حق شيء واحدٍ؛ لأن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالبٌ له من مالك النصف الذي هو غير وقف، فكان مالك ذلك النصف مطالبًا عنه بذلك النصف الذي هو وقفٌ، وهو الواقف فعند كون الواقف مقاسمـًا لذلك النصف الذي هو وقف يلزم أن يكون مطالِبـًا ومطالَبـًا في حقه لا محالةَ.

قوله: وَلَوْ كَانَ فِي القِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمَ، اعلم أنَّ إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا بتراضيهم، أو وقعت الضرورة إلى إدخالها بأن وقع البناء في أحد النصيبين، أو كان أحدُ النصيبين أجودَ، فحينئذٍ يجوز أن يعطي الدراهم مَنْ وقعَ البناء في نصيبه، أو وقع نصيبُه أجود لمن لم يقع البناء في نصيبه فيما رُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه، على ما يجيء في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى.

وقوله: إنْ أَعْطَى الوَاقِفَ، هذا على إعرابين: بلفظ أَعْطَى، على بناء الفاعل ونصب الواقف، أو بلفظ أُعْطِي على بناء المفعول ورفع الواقف، ومعنى هذا الكلام: إن أعطى المشتري فضل الدراهم الواقف لا يجوز؛ لأن المشتري يأخذ بمقابلة الدراهم شيئـًا من الوقف، فيصير الواقف بائعـًا للوقف في ذلك القدر، فلا يجوز.

وأمَّا إذا أعطى الواقف فضل الدراهمَ المُشترى جاز؛ لأن الواقف حينئذٍ يصير مشتريـًا

قَالَ: (وَالوَاجِبُ أَنْ يُبْتَدَأَ مِنِ ارْتِفَاعِ الوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ شَرَطَ ذَلِكَ الوَاقِفُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ قَصْدَ الوَاقِفِ صَرْفُ الغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبْقَى دَائِمَةً إِلَّا بِالعِمَارَةِ فَيَثْبُتُ شَرْطُ العِمَارَةِ اقْتِضَاءً وَلِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى المُوصَى لَهُ بِهَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ هَذِهِ الغَلَّةُ فَتَجِبُ فِيهَا، وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَآخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ أَيِّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ مُطَالَبَتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ العِمَارَةَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى المَوْقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ،

شيئًا بمقابلة الدراهم، وواقفًا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز.

قوله: وَلِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، وهذا في الأصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم، وفي معناه الغُرْم بإزاء الغُنم: «من تولَّى جارها تولى قارها»، فلاستجراره معانِي جمَّةً جرى لفظ الحديث مجرى المثل، واستُعمل في كل مضرةٍ بمقابلة منفعةٍ.

ثم المراد من الخراج ما يخرُج النفع من ملك إنسان، كغلة الأرض والغلام، والمراد من الضمان المؤنة، أي كل من كان له منفعةُ شيءٍ كان عليه مضرَّته، فكان معنى **قوله**: الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، أي: منفعةُ الغلة لك بسبب أن ضمنته.

وقيل: معناه أن يشتريَ العبد فيستغله، ثم يجد به عيبًا فإنه يرُدُّه والغلة له؛ لأنه لو ماتَ كان في ضمانه؛ ولأجل هذا الخبر نقض عمر بن عبد العزيز رحمه الله قضاءه حين قضى بالغلة للبائع.

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لَا يَظْفَرُ بِهِمْ، أي: لا يُؤخذ الفقراء بعمارته لعدم تعنُّتِهم وعسرتهم.

قوله: وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ العِمَارَةَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى المَوْقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ، ولا يستحق زيادة العمارة على تلك الصفة التي هي كانت في ابتداء الوقف.

وَإِنْ خَرِبَ يَبْنِي عَلَى ذَلِكَ الوَصْفِ؛ لِأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَتْ غَلَّتُهَا مَصْرُوفَةً إِلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ عَلَيْهِ وَالغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى شَيْءٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ البَعْضِ، وَعِنْدَ الآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى العِمَارَةِ ضَرُورَةُ إِبْقَاءِ الوَقْفِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ فَالعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ سُكْنَى) لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ (فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ فَقِيرًا آجَرَهَا الحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجْرَتِهَا، وَإِذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى)

قوله: فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ عَلَيْهِ - أي: زيادة العمارة ليست بمستحقة عليه - وَالغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ، فلذلك يُصرف على الموقوف عليه ما فضل من الغلة التي صُرِفت على العمارة المستحقة عليه، وهي مثلُ العمارة التي كانت هي وقت ابتداء الوقف، ولا يُصرف إلى زيادة العمارة التي لم تكن وقفًا ابتداء الوقف.

قوله: وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ - لا على رجل بعينه - فَكَذَلِكَ عِنْدَ البَعْضِ، أي: لا تُصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن وقت الوقف، بل تُصرف إلى الفقراء.

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو أن يكون البناء الثاني مثل الأول لا زائدًا على الأول.

وذكر في «الذخيرة»: رجل وقف أرضًا له على المساكين وقفًا صحيحًا ولم يذكر عمارتُها، فإن عمارتَها في غلة هذه الأرض يبدأ القيّمُ أوّلًا من الغلة بعمارتِها وما يُصلحها، وما فضلَ من ذلك يُقسم على الفقراء؛ وهذا لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة في الوقف نصًّا فهي مشروطة اقتضاءً؛ لأن مقصود الواقف إدرار الغلة مؤبدًا على المساكين، وهذا المقصود إنّما يحصل بإصلاحها وعمارته، والثابت اقتضاءً ثابتٌ بطريق الضرورة،

لِأَنَّ فِي ذَلِكَ رِعَايَةَ الحَقَّيْنِ حَقِّ الوَاقِفِ وَحَقِّ صَاحِبِ السُّكْنَى، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمِّرْهَا تَفُوتُ السُّكْنَى أَصْلًا، وَالأَوَّلُ أَوْلَى، وَلا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ عَلَى العِمَارَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِتْلَافِ مَالِهِ فَأَشْبَهَ امْتِنَاعَ صَاحِبِ البَذْرِ فِي المُزَارَعَةِ فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، وَلا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ.

قَالَ: (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الوَقْفِ وَآلَتِهِ) صَرَفَهُ الحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الوَقْفِ إِنِ احْتَاجَ

والضرورة تندفع بهذا الذي ذكرنا.

قوله: وَالأَوَّلُ أَوْلَى، وهو إجارة الحاكم وعمارتُها بأجرتها ثم ردُّها إلى من له السكنى.

والثاني: وهو ترك العمارة، واستُفيد الثاني هذا من **قوله**: لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمِّرْهَا.

قوله: فَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ، لتردُّده، فإن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه، ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال، ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم ردَّه إليه.

قوله: وَلا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى، هذا من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ، أي: لأن من له السكنى غير مالك للدار، والإجارة تمليك المنافع بالعوض، والتمليك لا يتحقق من غير المالك.

فإن قيل: إن المستأجر لا يملك الدار، ومع ذلك كان له أن يُؤاجرها من آخر للسكنى، وكذلك في كل عمل لا يختلف العين باختلاف المستعمل، قلنا: هناك ملك المستأجر المنفعةَ، وهنا أبيحت بها المنفعة للموقوف عليه ليكون ثوابُ إباحة المنفعة راجعًا إلى الواقف، حتى لم يقم هاهنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف؛ لأنه لا يلزم تمليك المنافع المعدومة، بخلاف الإجارة حيث أقيمت الدار مقام المنفعة وقت الإجارة؛ لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة، فلمَّا ملكها في الإجارة ملك أيضًا تمليكها من غيره.

قوله: وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الوَقْفِ وَآلَتِهِ، **وقوله**: وَآلَتِهِ، يحتمل أن تكون مجرورة

إِلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفَهُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ العِمَارَةِ لِيَبْقَى عَلَى التَّأْبِيدِ فَيَحْصُلَ مَقْصُودُ الوَاقِفِ، فَإِنْ مَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي الحَالِ صَرَفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمْسَكَهَا حَتَّى لا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَوَانَ الحَاجَةِ فَيَبْطُلُ المَقْصُودُ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إِعَادَةُ عَيْنِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ بِيعَ وَصُرِفَ ثَمَنُهُ إِلَى المَرَمَّةِ صَرْفًا لِلْبَدَلِ إِلَى مَصْرِفِ المُبْدَلِ (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ) يَعْنِي النَّقْضَ (بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الوَقْفِ) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِّنَ العَيْنِ وَلا حَقَّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِيهِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي المَنَافِعِ، وَالعَيْنُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى فَلَا يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ غَيْرَ حَقِّهِمْ.

قَالَ: (وَإِذَا جَعَلَ الوَاقِفُ غَلَّةَ الوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: ذَكَرَ فَصْلَيْنِ شَرْطَ الغَلَّةِ لِنَفْسِهِ وَجَعْلَ

بالعطف على البناء، يعني: ما انهدم من آلة الوقف بأن بليَ خُشُبُ الوقف وفسدت، ويحتمل أن تكون مرفوعة بالعطف على ما الموصولة، وهو المنقول عن الثِّقات؛ لأنه لا يقال: انهدمت الآلة.

النُّقض: بضمِّ النون، البناء المنقوض، والجمع نقوض، وعن الغوري: النِّقض بالكسر لا غير، كذا في «المغرب»، وفي «الصحاح»: ذكره بالكسر لا غير.

قوله: وَلا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأن التسليم إلى المتولي عنده شرط وقد عُدم هاهنا.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله ترغيبًا للناس في الوقف، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: وليس في هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة إلا شيء ذكره في كتاب الوقف وقال: إذا وقف على أمَّهات أولاده جاز، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: الوقف على أمَّهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه؛ لأن ما يكون لأم الولد في حال حياة المولى يكون للمولى.

الوِلَايَةِ إِلَيْهِ، أَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقِيلَ إِنَّ الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ القَبْضِ وَالإِفْرَازِ، وَقِيلَ هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ البَعْضَ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الكُلَّ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ سَوَاءٌ؛ وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحْيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ

وقوله: وَهُوَ قَوْلُ هِلَالِ الرَّازِيِّ، هكذا وقع في نُسَخ الفقه من «المبسوط»، و«الذخيرة» وغيرهما، وذكر في «المغرب»: وهلال الراءيّ بن يحيى البصريُّ صاحب الوقف، والرازيُّ تحريف؛ هكذا صحَّ في مُسند أبي حنيفه رضي الله عنه، ومناقب الصيمري، وهكذا صححَّه الإمام عبد الغنيّ.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن القول الأول، وهو القول بالجواز اتفاقـاً، ولكن هذا الذي ذكره من القول الصحيح مخالف لرواية «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«التتمَّة»، و«فتاوى قاضي خان»، فإن في تلك الروايات جعل جواز الوقف على أمهات أولاده بالاتفاق.

وقال في «المبسوط»: وإذا وقفها على أمَّهات أولاده في حال وقفه، ومن يحدث منهنَّ بعد ذلك، وسمَّى لكل واحدة منهنَّ كل سنة شيئاً معلوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائزٌ، وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر؛ فإن عنده لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حياته جاز، فلأمَّهات أولاده أوْلَى، وإنما الإشكال على قول محمد رحمه الله؛ فإنه لا يجوّز أن يشترط ذلك لنفسه، واشتراطه لأمَّهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه، ولكنه جوّز ذلك استحساناً للعُرف؛ ولأنه لا بدَّ من تصحيح هذا الشرط لهنَّ؛ لأنَّهن يعتقن بموته، فاشتراطه لهنَّ كاشتراطه لسائر الأجانب، فيجوز ذلك في حياته أيضـاً تبعًا لما بعد الوفاة، كما قال أبو حنيفة رحمه الله في أصل الوقف: إذا قال: في حياتِي وبعد مماتِي، يتعلق به اللزوم، وكذلك إن سمَّى ذلك لمدبريه؛ لأنهم يعتقون بموته كأمَّهات أولاده، بخلاف العبيد

لِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ، فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ.

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، فَاشْتِرَاطُهُ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ،

والإماء على قول محمد، وأبو يوسف رحمهما الله يُجوِّز ذلك كله.

قوله: لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ، أي: لأن اشتراط صرف غلة الوقف لأمهات أولاده ومُدبّريه، فذكر بلفظ ضمير جمع الذكور تغليبًا للمدبرين على أمهات الأولاد.

قوله: كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، أي: كاشتراط صرف الغلة إلى نفسه، ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي يوسف رحمه الله، فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاءً بواسطة اشتراط صرف الغلة إلى أمهات أولاده ومدبريه.

وذكر في «المبسوط»: ولو وقف وجعل مصرف الغلة نفسه مادام حيًّا جاز عند أبي يوسف اعتبارًا للابتداء بالانتهاء؛ لأنه يُجوّز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه في الانتهاء، فكما يجوز ذلك في الانتهاء فكذلك في الابتداء يجوز أن يقدّم نفسه على غيره في الغلة؛ وهذا لأن معنى التقرّب لا ينعدم بهذا، قال صلّى الله عليه وسلم: «نفقة الرجل على نفسه صدقةٌ»، وقال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول».

أما عند محمد رحمه الله إذا جعله وقفًا على نفسه، أو جعل شيئًا من الغلة لنفسه ما دام حيًّا فالوقف باطلٌ، وهو مذهب أهل البصرة؛ لأن التقرب بإزالة الملك، واشتراطُ الغلة أو بعضِها لنفسه يمنع زوال ملكه، فلا يكون صحيحًا، وكذلك لو شرط الغلة لإمائه فهو كاشتراطه لنفسه.

قوله: فَصَارَ كَمَا فِي الصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، أي: سلَّم قدرًا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط

وَشَرَطَ بَعْضِ بُقْعَةِ المَسْجِدِ لِنَفْسِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ» وَالمُرَادُ مِنْهَا صَدَقَتُهُ المَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ، وَلِأَنَّ الوَقْفَ إِزَالَةُ المِلْكِ إِلَى اللهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ القُرْبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

فَإِذَا شَرَطَ البَعْضَ أَوِ الكُلَّ لِنَفْسِهِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ يَجْعَلُ مِلْكَ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا جَائِزٌ، كَمَا إِذَا بَنَى خَانًا أَوْ سِقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ القُرْبَةُ وَفِي الصَّرْفِ إِلَى نَفْسِهِ ذَلِكَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَى نَفْسِهِ صَدَقَةٌ»، وَلَوْ شَرَطَ الوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ،

أن يكون بعضُه لي، فإن الصدقة بهذا الشرط لا تجوز، هكذا كان بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَشَرْطَ، بالجرِّ، بأن جعل بعض المسجد لنفسه، فهو مانعٌ للجواز في الكل.

قوله: فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ، كما في الصيد والحشيش وسائر المباحات.

قوله: وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ، بفتح الياء، من النزول على بناء الفاعل، أَوْ يُدْفَنَ، على بناء المفعول.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف يتمُّ بذلك، ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف، فيتمُّ الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطًا فاسدًا، فيكون باطلًا في نفسه، كالمسجد إذا شرط الاستبدال به، أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم، فالشرط باطلٌ واتخاذ المسجد صحيحٌ، فهذا مثله.

وَلَوْ شَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الوَقْفُ وَالشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الوَقْفُ بَاطِلٌ،

قوله: وَلَوْ شَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ فِي الوَقْفِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الوَقْفُ وَالشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وإنما قيَّد **بقوله: ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ**، لتكون مدة الخيار معلومةً، حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضـًا؛ لأنه ذكر في «فتاوى قاضي خان»:

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف، قال أبو يوسف رحمه الله: إن عيَّن للخيار وقتًا معلومـًا يجوز الوقف والشرط كما في البيع، وإن كان الوقت مجهولًا لايجوز الوقف، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط.

وذكر في «المبسوط»: ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام، فعلى قول أبي يوسف الوقف والشرط جائز كما هو مذهبُه في التوسع في الوقف، وقال هلال بن يحيى: الوقف باطل، وهو قول محمد رحمه الله، وقال يوسف بن خالد السمتيُّ: الوقف جائز والشرط باطل؛ لأنه إزالة ملك لا إلى مالكٍ فيكون بمنزلة الإعتاق، واشتراط الخيار في العتق باطل والعتق صحيح، وكذلك في المسجد اشتراط الخيار باطل واتخاذ المسجد صحيحٌ، فكذلك في الوقف.

ومحمد رحمه الله يقول: إنَّ تمام الوقف يعتمد تمام الرضا، ومع اشتراط الخيار لا يتمُّ الرضا، فيكون ذلك مُبطلًا للوقف بمنزلة الإكراه على الوقف، ثمَّ تمام الوقف على مذهبه بالقبض، وشرط الخيار يمنع تمام القبض، ألا ترى أنَّ في الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار وبه فارق المسجد، فالقبضُ هناك ليس بشرط، إنَّما الشرطُ إقامة الصلاة فيه بالجماعة، وقد وُجد ذلك مع شرط الخيار، فلهذا كان مسجدًا.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ، فيكون بمنزلة البيع في أنه يجوز اشتراط الخيار فيه، وهذا في الحقيقة بناءٌ على الأصل الذي ذكرنا له، فإنه يجوّز أن يَسْتَثْني الواقف الغلةَ لنفسه مادام حيًّا، فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليُرويَ النظر فيه.

وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

وَأَمَّا فَصْلُ الوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَقْفِهِ وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ، قَالَ مَشَايِخُنَا: الأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى القَيِّمِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ

وقوله: وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا، إشارةٌ إلى أن جعلَ الواقف غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد رحمهما الله، وبهذا البناء صرَّح في «المبسوط» على ما بينا.

ثمَّ لمَّا لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمدٍ لم ينقلب الوقف جائزًا بإبطال الخيار بعد ذلك، بخلاف البيع إذا شرطَ فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام، ثم أبطل الخيار قبل الأيام الثلاثة ينقلب البيع جائزًا؛ لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبَّدًا، وشرط الخيار يمنع التأبيد، فكان شرط الخيار شرطاً فاسدًا في نفس العقد، أمَّا الخيار فلا يمنع جواز البيع، وإنما يفسدُ البيع إذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة، فلم يكن الفساد في صلب العقد، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَأَمَّا فَصْلُ الوِلَايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ، أي: فقد نصَّ في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف في الكتاب **بقوله:** وَإِذَا جَعَلَ الوَاقِفُ، إلى **قوله:** جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

وذكر في «الذخيرة»، و«التتمَّة»: ذكر هلالٌ: إذا وقف الرجلُ أرضَه، ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره، أن الوقف جائزٌ والولاية للواقف.

وقوله: وَقَالَ أَقْوَامٌ - أي: بعض المشايخ - إِنْ شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ، قَالَ مَشَايِخُنَا: الأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

فإن قلتَ: كيف يصح نسبة هذا القول إلى محمد، ومن مذهبه أن التسليم إلى

الوَقْفِ، فَإِذَا سَلَّمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وِلَايَةٌ فِيهِ، وَلَنَا أَنَّ المُتَوَلِّي إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الوِلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى هَذَا الوَقْفِ فَيَكُونُ أَوْلَى بِوِلَايَتِهِ، كَمَنِ اتَّخَذَ مَسْجِدًا يَكُونُ أَوْلَى بِعِمَارَتِهِ وَنَصْبِ المُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَلَوْ أَنَّ الوَاقِفَ شَرَطَ وِلَايَتَهُ لِنَفْسِهِ وَكَانَ الوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الوَقْفِ، فَلِلْقَاضِي

المتولي شرط صحة الوقف، فعلى هذا لا يجوز أن يشترط الواقف الولاية لنفسه على قوله؛ لأن هذا يمنع التسليم إلى المتولي، فكان على مذهبه يجب أن لا تكون له الولاية، شرطَ ذلك أو لم يشترط؟

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن تأويل هذا فيما إذا سلمه إلى المتولي، وقد كان شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولي، فإنه ذكر في «فتاوى قاضي خان» بعد ما ذكر مذهب هلال رحمه الله كما ذكرنا فقال:

وذكر محمد في «السير» أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترط الولاية لنفسه، وأمَّا إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولايةٌ بعد التسليم، إلى أن قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، إلا أن يشترط الولاية لنفسه، فأمَّا على قول أبي يوسف فالتسليم إلى المتولي ليس بشرط، فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه، ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في «الذخيرة»، و«التتمَّة».

ويحتمل أن يكونُ معنى **قوله: إِنْ شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ**، فيما إذا شرط الولاية لنفسه، يعني: إذا شرط الولاية لنفسه يسقط اشتراط التسليم إلى المتولي عنده أيضًا؛ لأن شرائط الواقف تراعى إذا شرطها، فمن ضرورة رعاية شَرْطه كان سقوطُ اشتراط التسليم، كذا وجدتُّ في موضع ثقةٍ.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: لو قال: أرضي موقوفةٌ إن شئتُ أو أحببتُ، كان الوقف

أَنْ يَنْزِعَهَا مِنْ يَدِهِ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الوَصِيَّ نَظَرًا لِلصِّغَارِ.

وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَيْسَ لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِقَاضٍ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِهِ وَيُوَلِّيَهَا غَيْرَهُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَبَطَلَ.

باطلًا في قولهم؛ لأن هذا تعليق، وتعليق الوقف بالشرط باطلٌ في قولهم، ولو قال: أرضي صدقةٌ موقوفةٌ إن شئتُ، ثم قال: شئتُ، كان الوقف باطلًا لما قلنا إنه تعليق، ولو قال: شئتُ وجعلتُها صدقةً موقوفةً، صحَّ؛ لأنه ابتداء وقف، والله تعالى أعلم.

* * *

(فَصْلٌ)

(وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الإِفْرَازُ فَلِأَنَّهُ لا يَخْلُصُ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ

فصلٌ

لمَّا كانت أحكام هذا الفصل مخالفة لأحكام مسائل الوقف التي قبله في الشروط، وعدم اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد، ومنع الشيوع عند أبي يوسف، وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة رحمهم الله، وإن لم يحكم به الحاكم ذكرها بفصل على حدةٍ، حتى أن من اتخذ مسجدًا لا يُشترط تسليمه إلى المتولي، بل الصلاة فيه بمنزلة التسليم، والشيوع مانع من اتخاذ المسجد، خلافاً لأبي يوسف في غير المسجد، ويخرج المسجد عن ملك من اتخذه مسجدًا، وإن لم يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ مِلْكِهِ، فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد، فإنَّ الوقف إذا لم يكن مُوصًى به، ولا مضافاً إلى ما بعد الموت، ولم يجعله القاضي لازماً كان له أن يرجع فيه، وأمَّا في المسجد فليس له أن يرجع فيه، ولا يبيعُه، ولا يورث منه.

والفرقُ أن في الوقف اجتمع لفظان: أحدهما الوقف، والآخر الصدقة؛ لأن الوقف ينبئُ عن الحبس، كأنه قال: حبستُ العينَ على ملكي، وتصدقتُ بالغلة على المساكين، ولو صرَّح بذلك لا يصح ما لم يوص بذلك؛ لأن التصدّق بالغلة المعدومة لا يصح، فإذا أوصى

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَيُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ فِي المَسْجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ القَبْضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ المَقْصُودِ مَقَامَهُ ثُمَّ يُكْتَفَى بِصَلَاةِ الوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِعْلَ الجِنْسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشْتَرَطُ أَدْنَاهُ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ بِالجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ بُنِيَ لِذَلِكَ فِي الغَالِبِ، (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِمِلْكِ العَبْدِ فَيَصِيرُ

به أو أضافه إلى ما بعد الموت يكون لازماً بعد موته.

وأمَّا قوله: جعلتُ أرضي مسجدًا، فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه، فإذا أزاله إلى الله تعالى لا يكون له أن يرجع، كما لو زال بالإعتاق، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ بِالجَمَاعَةِ، وكذا عن أبي حنيفة رضي الله عنه، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة بأذانٍ وإقامةٍ جهرًا لا سرًّا، حتى لو صلَّى جماعةٌ بغير أذانٍ وإقامةٍ سرًّا لا جهرًا لا يصير مسجدًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن جعل للمسجد مؤذنًا وإمامًا وهو رجل واحد، فأذَّن وأقام وصلى وحده صار مسجدًا بالاتفاق؛ لأن أداء صلاته على هذا الوصف كالجماعة، ألا ترى أن أصحابنا قالوا: مؤذِّن مسجدٍ إذا أذَّن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد، وبقبض المتولي هل يصير مسجدًا من غير أن يصلي فيه؟ فقد اختلف المشايخ فيه، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، أي: يشترط تسليم كل شيء على ما يليقُ هو به، وما يليق لتسليم المسجد هو الصلاة فيه.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ القَبْضُ، باعتبار أنه إسقاطٌ لملكه بالاتفاق تعذَّر القبض كما في سائر الإسقاطات من الطلاق والعتاق؛ ولأن القبض إنما يتحقَّق بالغلة لا في الأوقاف التي هي لازمة كالإعتاق.

خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى بِسُقُوطِ حَقِّ العَبْدِ وَصَارَ كَالإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابَ المَسْجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ عَنْ مِلْكِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى لِبَقَاءِ حَقِّ العَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَلَوْ كَانَ السِّرْدَابُ لِمَصَالِحِ المَسْجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِ المَقْدِسِ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السُّفْلَ مَسْجِدًا

قوله: وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ، بكسر السين وهو معرَّبٌ من سرداب، وهو بيتٌ يتخذ تحت الأرض للتبريد.

قوله: فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، أي: لا يكون مسجدًا، وهو ظاهر الرواية؛ لأن المسجد ما يكون خالصـًا لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨]، أضافَ المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له، فاقتضى ذلك خلوصَ المساجد لله تعالى، ومع بقاء حق العباد في أسفله أوفي أعلاه لا يتحقق الخلوص.

أمَّا إذا كان السفل مسجدًا؛ فلأن لصاحب العلو حقًّا في السفل، حتى لا يكون لصاحب السفل أن يُحدِثَ فيه بناء من غير رضا صاحب العلو، وأمَّا إذا جعل العلو مسجدًا فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل، بخلاف مسجد بيت المقدس؛ لأن ثمَّة السرداب ليس بمملوك لأحد بل هو للعامة، وما يكون للعامة يكون لله تعالى ليس لغيره اختصاص به، أمَّا إذا كان السرداب مملوكـًا لا يتحقق الخلوص، وإذا لم يصر مسجدًا كان له أن يبيعه.

وعن بعضهم: إن كان العلو مسجدًا والسفلُ حوانيتٌ موقوفةٌ على المسجد، أو على القلب لا بأس به؛ لأن الكل منقطع عن حقوق العباد، واختُلف في اتِّخاذ المسجد وتحته حوضٌ للعامة على قول من يجوّز اتخاذ العلو مسجدًا فلم يجوّزه بعضهم، قياسـًا على الحوض الخاص، وجوَّزه بعضهم كما لو حفر في المسجد بئرًا للاستقاء، والصحيح أنه يجوز ذلك، إلا أنه إن سبقَ اتخاذ المسجد فهو مسجد، وإن سبق اتخاذ الحوض فالمسجد مستعار، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله.

وَعَلَى ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ فَهُوَ مَسْجِدٌ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفْلِ دُونَ العُلُوِّ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى عَكْسِ هَذَا؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ مُعَظَّمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوْقَهُ مَسْكَنٌ أَوْ مُسْتَغَلٌّ يَتَعَذَّرُ تَعْظِيمُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَغْدَادَ وَرَأَى ضِيقَ المَنَازِلِ فَكَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنِ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ) يَعْنِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ مَا لا يَكُونُ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ المَنْعِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكُهُ

قوله: وَعَلَى ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ، أي: على سطحه، بدليل تعليل هذه المسألة وتعليل ما يُقابلُها، حيث علَّل بالسفل والعلو والفوق، وذلك إنما يتحقق في السطح لا في جانب الظهر بمعنى الخَلْف.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى عَكْسِ هَذَا، أي: إذا جعل العلو مسجدًا صحَّ، وإذا جعل السفل مسجدًا لم يصح.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجْهَيْنِ ... وَعَنْ مُحَمَّدٍ ... أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ، وإنَّما أعاد ذكر قول محمد بِهذا الطريق ولم يقل: وعن أبي يوسف ومحمد، مع أن هذين القولين منهما في الحُكم سواءٌ، ليتهيَّأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخولٍ مخصوصٍ في مصرٍ مخصوصٍ؛ إذ في غير هذا اللفظ يلتبس الدخول في الإسناد؛ ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد.

قوله: لِمَا قُلْنَا، أي: من الضرورة.

قوله: وَكَذَلِكَ إِنِ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا، بالسكون، هكذا كان مقيَّدًا بقيد شيخي رحمه الله؛ ولأن هذا اسمٌ مبهمٌ لداخل صحن الدار، لا لشيءٍ معيَّن بين طرفي الصحن، فكان ساكنًا.

مُحِيطًا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ المَنْعِ فَلَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى (وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يُبَاعُ وَلا يُورَثُ وَلا يُوهَبُ) اعْتَبَرَهُ مَسْجِدًا، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلا يَصِيرُ مَسْجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُسْتَحَقًّا كَمَا يَدْخُلُ فِي الإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

قوله: وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَى، حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم يصير مسجدًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَلَوْ خُرِّبَ مَا حَوْلَ المَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ - على بناء المفعول - يَبْقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، إلى أن قال: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يَعُودُ إِلَى مِلْكِ البَانِي، وفي الحقيقة هذه المسألة مبنيَّة على ما بيَّنا؛ فإن أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجدًا، فكذلك في الانتهاء، وإن ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجدًا، ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدًا، فكذلك في الانتهاء إذا ترك الناس الصلاةَ فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدًا.

وحُكيَ أن محمدًا رحمه الله مرَّ بمَزْبَلة فقال: هذا مسجد أبي يوسف، يُريد به أنه لمَّا لم يقل بعَوْده إلى ملك البانِي يصير مزبلة عند تطاوُل المدة؛ ومرَّ أبو يوسف رحمه الله بأصطبل فقال: هذا مسجد محمَّد، يعني أنه لمَّا قال: يعود ملكًا فرُبَّما يجعله المالك أصطبلًا بعد أن كان مسجدًا، فكلٌّ واحد منهما استبعدَ مذهبَ صاحبه بما أشار إليه.

فمحمد يقول: إنه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفًا إلى قربة بعينها، فإذا انقطعَ ذلك عاد إلى ملكه، كالمحصر إذا بعثَ بالهدي ثمَّ زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يَصْنَعَ بِهَديه ما شاءَ، وكذلك لو كفَّن ميتًا ثم افترسه السبُع عاد الكفن إلى ملك صاحبه، وكذا إذا علَّق قنديلًا أو بسطَ حصيرًا في المسجد ثم خَرِب المسجد.

وأبو يوسف يقول: بلى أزال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة؛ لأنه ما جعله

قَالَ: (وَمَنِ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَلَا يَبِيعَهُ وَلَا يُورَثُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَنْ حَقِّ العِبَادِ وَصَارَ خَالِصًا لِلَّهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَإِذَا أَسْقَطَ العَبْدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الحَقِّ رَجَعَ إِلَى أَصْلِهِ فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ كَمَا فِي الإِعْتَاقِ، وَلَوْ خُرِّبَ مَا حَوْلَ المَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ يَبْقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مِنْهُ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يَعُودُ إِلَى مِلْكِ البَانِي، أَوْ إِلَى وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَهُ لِنَوْعِ قُرْبَةٍ، وَقَدِ انْقَطَعَتْ فَصَارَ كَحَصِيرِ المَسْجِدِ وَحَشِيشِهِ إِذَا اسْتُغْنِيَ عَنْهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ فِي الحَصِيرِ وَالحَشِيشِ إِنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ.

قَالَ: (وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ)؛

مسجدًا ليصلي فيه أهل المحلة لا غير، وإنَّما جعله مسجدًا ليصلي فيه العامة؛ لأن للعامة حق إقامة الصلاة في المساجد.

واستدل أبو يوسف بالكعبة؛ فإن زمان الفترة قد كان حول الكعبة عَبَدةُ الأصنام، ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصًا لله تعالى، فكذلك في سائر المساجد.

وأمَّا هدي الإحصار فهو لم يَزُل عن ملكه قبل الذبح، وكلامُنا فيما إذا زال عن ملكه، وكذلك الكفن ليس بإزالة للعين عن ملكه، بل هو تبرُّع بالمنفعة لحاجة الميت، وكان بمنزلة العارية حالة الحياة، وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعودُ إلى المعير.

وأمَّا الحصير فالصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود إلى ملك متخذه بخراب المسجد، بل يُحوَّل إلى مسجد آخر، أو يبيعُه قيِّم المسجد للمسجد، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ حَقِّ العَبْدِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فَيَسْكُنَ فِي الخَانِ وَيَنْزِلَ فِي الرِّبَاطِ وَيَشْرَبَ مِنَ السِّقَايَةِ، وَيُدْفَنَ فِي المَقْبَرَةِ فَيُشْتَرَطُ حُكْمُ الحَاكِمِ أَوِ الإِضَافَةُ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ كَمَا فِي الوَقْفِ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ المَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَخَلَصَ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ حُكْمِ الحَاكِمِ.

(وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالقَوْلِ) كَمَا هُوَ أَصْلُهُ، إِذِ التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَالوَقْفُ لازِمٌ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدُفِنُوا فِي المَقْبَرَةِ زَالَ المِلْكُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ شَرْطٌ وَالشَّرْطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ فِعْلِ الجِنْسِ كُلِّهِ، وَعَلَى هَذَا البِئْرُ المَوْقُوفَةُ وَالحَوْضُ، وَلَوْ سُلِّمَ إِلَى المُتَوَلِّي صَحَّ التَّسْلِيمُ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَفِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ المَنُوبِ عَنْهُ، وَأَمَّا فِي المَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ لا يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لا تَدْبِيرَ لِلْمُتَوَلِّي فِيهِ، وَقِيلَ يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْنُسُهُ وَيُغْلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سُلِّمَ إِلَيْهِ صَحَّ التَّسْلِيمُ، وَالمَقْبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ المَسْجِدِ عَلَى مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لا مُتَوَلِّيَ لَهُ عُرْفًا، وَقِيلَ هِيَ بِمَنْزِلَةِ السِّقَايَةِ وَالخَانِ فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَى المُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَوْ نُصِّبَ المُتَوَلِّي يَصِحُّ.

قوله: بِخِلَافِ المَسْجِدِ، أي: حكم الحاكم والإضافة ليسا بشرطٍ في المسجد.

قوله: فِي هَذِهِ الوُجُوهِ، أي: في السقاية، والخان، والرباط، والمقبرة.

الكنس: من حد ضرب، الحاج: اسم جمع بمعنى الحجاج، كالسَّامر بمعنى السُّمَّار في قوله تعالى: ﴿سَٰمِرًا تَهْجُرُونَ ۝٦٧﴾ [المؤمنون: ٦٧].

وَإِنْ كَانَ بِخِلَافِ العَادَةِ، وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سُكْنَى لِحَاجِّ بَيْتِ اللهِ وَالمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارِهِ فِي غَيْرِ مَكَّةَ سُكْنَى لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغْرٍ مِنَ الثُّغُورِ سُكْنَى لِلْغُزَاةِ وَالمُرَابِطِينَ، أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْغُزَاةِ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَى وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلا رُجُوعَ فِيهِ لِمَا بَيَّنَّا، إِلَّا أَنَّ فِي الغَلَّةِ تَحِلُّ لِلْفُقَرَاءِ دُونَ الأَغْنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِنْ سُكْنَى الخَانِ وَالِاسْتِقَاءِ مِنَ البِئْرِ وَالسِّقَايَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

الثغر: موضع المخافة من فُروج البلدان، يُقال: رابطَ الجيشُ أقامَ في الثَّغر بإزاء العدوِّ مُرَابطةً ورِباطًا، كذا في «الصحاح»، و«المغرب»، والله تعالى أعلم.

خاتمة ربع النكاح

قد انتهى[1] بعون الله جلَّ ثناؤُه وعزَّ كبرياؤُه، ما هَوِيتُ إلى مَنصف المشروح، بالمعانِي المونِقة الوضوح، مبينًا لما استَبْهَمَ وأعْضلَ، ومُفتِّقًا لما قَنْبَعَ [قَشَعَ] من أفنان البيان وأعْبَلَ، ومُرَغْبِلًا أبْهَره الآتِي بالخَنْفقيق فيما سأَلَ، ومُلْهَزمًا تَفَيْهُقَ العَفَنْقِسِ الضَّغَنْدَدِ فيما لجَّ وختلَ، بأجوبةٍ تتعانقُ في الإيضاح تَزايُدًا، وتَتأنَّقُ في البيان تَرافُدًا، مُؤَسَّسَةٍ على قواعد أصول الفقه وفروعه، ومُنَشَّقةً من شروق ضياء الشَّرع وسُطُوعه.[2]

---

(١) قول الشَّارح السِّغناقي رحمه الله تعالى: قد انتهى بعون الله جلَّ ثناؤُه وعزَّ كبرياؤُه إلخ، هذا النصّ ليس بموجود في بعض النُّسخ.

(٢) جاء في هوامش بعض النُّسَخ التي يوجد فيها النصّ معانِي الألفاظ المشكلة المذكورة في هذه الخاتمة، ننقلها هاهُنا فيما يلي لتسهيل فهم عبارة الشَّارح رحمه الله:

المونق: أي: الحسن، استبهم عليه الكلام: أي: استغلق، أعضل الأمر: أي: اشتكل واستغلق.

الفتق: الشقّ، من فتقتُ الشيءَ فتقًا، وفتَّقتُه تفتيقًا، قَنْبَعَ: من قنبعت الشجرة، إذا صارت =

يَسْتَوِي فِيهِ الغَنِيُّ وَالفَقِيرُ، وَالفَارِقُ هُوَ العُرْفُ فِي الفَصْلَيْنِ، فَإِنَّ أَهْلَ العُرْفِ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ فِي الغَلَّةِ الفُقَرَاءَ، وَفِي غَيْرِهَا التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الأَغْنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ تَشْمَلُ الغَنِيَّ وَالفَقِيرَ فِي الشُّرْبِ وَالنُّزُولِ، وَالغَنِيُّ لا يَحْتَاجُ إِلَى صَرْفِ هَذَا الغَلَّةِ لِغِنَاهُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

وها أنا أثني القلم إلى شرح النصف الثاني من الكتاب، رافعاً للحجاب، وكاشفاً للنقاب، حامدًا على توفيق الملك الوهَّاب، ومصلياً على نبيه المصطفى سابق أولي الألباب، راجياً من الله الغفور البرّ الشكور، أن يوفقني لإتمامه، ويكرمني باختتامه، إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير، والحمد لله وحده، وصلَّى الله على سيِّدنا محمد وآله وصحبه وسلَّم.(١)

= زهرتها في قنبعة، أي: غطاءٍ، وجاء اللفظ في بعض النُسخ: قَشَعَ، والقِشع: الجلود اليابسة.
أعبلَ: أي: أعجز، رعبلتُ الشيءَ: أي: قطَّعتُه من رعبلتُ اللَّحمَ بمعنى قطَّعتُه.
الأَبْهَرُ: عرق إذا انقطع ماتَ صاحبُه، الخَنْفَقيق: الدَّاهية، يقال: رجلٌ داهية خنفقيق.
لَهْزَمه: أي: قطَّعه، فلانٌ يتفيهقُ في كلامه: إذا توسَّع وتنطعَ.
العَفَنْقِسُ: هو العَسِر الأخلاق، الضَّغَنْدَدُ: الضخم الأحمق، خَتلَ: أي خدعَ، التَّرافُد: التعاوُن، الشُّروق: الطُّلوع، السُّطوع: الارتفاع.

(١) في آخر نسخة (ع١): وكان الفراغ من كتابته يوم الجمعة المبارك رابع عشر رمضان المعظَّم قدره، من شهور سنة ستة وخمسين وألف (١٠٥٦هـ) من الهجرة النبويَّة، على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى السَّلام، على يد أفقر العباد وأحوجهم، لرحمة مولاه المنَّان، الفقير الحقير رمضان، البرهمتوشي الأزهري، غفر الله له ولوالديه ولمؤلِّفها ومُسْتكتِبِها ولجميع المسلمين، وأفضل الصلاة وأتمّ التسليم على أشرف الأنبياء مُحمَّد وآله أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

كِتَابُ البُيُوعِ

بسم الله الرحمن الرحيم

ويه التوفيق والإعانة، والهداية إلى الصواب

كتـابُ البيوع

قد ذكرنا في صدر الكتاب أن مشروعات الشارع على أربعة أنواع:

(١) حقوق الله تعالى خالصة (٢) وحقوق العباد خالصة (٣) وما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى فيه غالب (٤) وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب.

ثم لمَّا ذكر حقوق الله تعالى الخالصة، وما غلبَ فيه حق الله تعالى وما يلحقهما، بدأ بذكر حقوق العباد الخالصة، وهي البيوع، والكفالة، والحوالة، وغيرها.

والمناسبة الخاصة بين البيع والوقف هي: أن الوقف إزالة الموقوف عن ملك الواقف، أمَّا على قولهما فظاهر، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله بعد حكم الحاكم، وفي البيع إزالة المبيع عن ملك البائع مع إدخاله في ملك المشتري، فكان البيع مشتملًا على ما اشتمل عليه الوقف، وعلى شيء آخر معه، فكان مركباً منهما، والوقف مشتمل على شيء واحد منهما فكان مفردًا، والمركب أبدًا بعد المفرد، فلذلك ذكر بعده.

ثم محاسن البيوع كثيرة؛ إذ هي سبب بقاء المحتاجين بأحسن وجوه المعاملة؛ إذ كل من الرجال والنساء محتاج إلى الأخذ والإعطاء، ولا يتيسر الإعطاء بلا عوض إلا لمن هو الغني مطلقًا، ﴿وَٱللَّهُ ٱلْغَنِيُّ وَأَنتُمُ ٱلْفُقَرَآءُ﴾ [محمد: ٣٨]، وفي عقد المعاوضة صيانة عن

....

تحمل أعباء منَّة الغير؛ إذ في الإعطاء بلا عوض إدخال حرٍّ مثله تحت رقِّ إحسانه، كما قيل: الإنسان عبيد الإحسان.

ومن أراد الإحسان فهو يتحقق في ضمن عقد المعاوضة بأحسن وجوهه أيضًا، كما حُكي عن أبي العباس رحمه الله أنه كان يتاجر الفقراء، وكان يشتري منهم ما يساوي درهمًا بعشرة وزيادة، كيلا يري الفقير نفسه تحت منَّته التي توجب الرق، قال الله تعالى: ﴿وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧١]، فمن أخفى الصدقة فهو خفي على غير الفقير ظاهر على الفقير، ومن أخفاها في المعاوضة فقد أخفاها على الفقير أيضًا، فكان هو أحسن وجوه الإحسان مع كونه معاوضة، ولو لم يكن في المعاوضة إلا إطفاء ثائرة المنازعة والاختطاف بالمسارعة لكان كافيًا، فإن المحتاج إلى ما في يد غيره إذا لم يجد سبيلًا إليه بالمعاوضة يتسارع الناس إلى السلب، ومن في يده يميل إلى الدفع والذب، فيقتتلان ويظهر في الأرض الفساد، فكان في البياعات إطفاء ثائرة النِّزاع، وتسكين هيجان النفس بالابتياع.

ثم يحتاج هاهنا إلى معرفة ثمانية أشياء: معرفة معنى البيع لغةً وشرعًا، ودليل جوازه، وسببه، وركنه، وشرطه، وحكمه، وأنواعه.

أمَّا اللغة: فالبيع عبارة عن تمليك المال بالمال، وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي، فقيل: هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي.

ثم هو من الأضداد، يقال: باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، ويعدَّى إلى المفعول الثاني بنفسه وحرف الجر تقول: باعه الشيء وباعه منه، فجمعه بلفظ البيوع على تأويل الأنواع.

وأمَّا دليل جوازه: فالكتاب، والسُّنَّة، والإجماع، والمعنى المعقول.

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وأمَّا السنة فما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «يا معشر التجار، إن بيعكم

....

هذا يحضره اللغو والكذب، فشوبوه بالصدقة»، وكذا بعث رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم والناس يتبايعون، فقرَّرهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السُّنَّة.

وعليه إجماع الأمة، والمعنى المعقول قد مرَّ في ذكر المحاسن.

وأمَّا سببه: فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها، بيان ذلك أن الله تعالى حكم ببقاء العالَم إلى قيام الساعة، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء جنس الإنس وذلك يكون بالتوالد وقد ذكرناه في النكاح، وبقاء النفس إلى أجله، وذلك إنما يقوم بما يقوم به المصالح للمعيشة، وما يحتاج إليه كل واحد لكفايته، وكل واحد إنَّما يتمكن من هذا المقصود بالمال، فشرع الله تعالى سبب اكتساب المال، وهو التجارة عن تراض لما في التغالب من الفساد، ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ۝٢٠٥﴾ [البقرة: ٢٠٥].

وأمَّا ركنه: فالإيجاب والقبول على ما يجيء.

وأمَّا شرطه: فأنواع منها في العاقد، وهو أن يكون عاقلًا مميزًا، ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي، ومنها في المحل وهو أن يكون مالًا متقوّمًا، وأن يكون مقدور التسليم، ومنها التراضي، ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية.

وأمَّا حكمه: وضعًا وقصدًا فالملك، وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعًا إلا لمانع، وقولنا: لمانع احتراز عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع، وذلك ممتنع مع كونه ملكًا له؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع ما لم يقبض، ثم هو في حق المشتري في المبيع، وفي حق البائع في الثمن.

وأما وجوب الاستبراء، وثبوت الشفعة، وعتق القريب، وملك المتعة في الجارية، والخيارات الثابتة في البيع فأحكام للبيع، لكن بطريق الضمن لا على القصد، والوضع من شرعية البيع.

وأمَّا أنواعه: فثمانية، أربعة في جانب المبيع، وأربعة في جانب الثمن.

وأمَّا التي في جانب المبيع:

....

أحدها: بيع العين بالعين كبيع السلع بمثلها، نحو بيع الثوب بالعبد، وهو بيع المقايضة.

والثانِي: بيع العين بالدين، نحو بيع العين بالأثمان المطلقة، وهو المطلق في البيع عن القيد.

والثالث: بيع الدَّين بالدَّين، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق، كبيع الدراهم والدنانير، وهو بيع الصرف.

والرابع: بيع الدين بالعين، وهو السَّلم، فإن المُسلم فيه مبيع، وهو دين.

وأمَّا الأربعة التي في جانب الثمن:

أحدها: المساومة، وهي التي لا يلتفت إلى الثمن السابق.

والثانِي: بيع المرابحة.

والثالث: بيع التولية.

والرابع: بيع الوضيعة، وهي ضد المرابحة؛ حيث تضع من رأس المال شيئًا، كذا في «التحفة» وغيرها.

أو نقول: إن أنواع البيع ترتقي إلى عشرين نوعًا أو أكثر؛ وذلك لأن البيع في أصله نوعان: حلال واسمه البيع، وحرام واسمه الربا.

والحلال نوعان: لازم، وغيرلازم، والحرام كذلك نوعان: ما يعود جائزًا برفع المفسد، وما لا يعود جائزًا بحال، فذلك أربعة أنواع، والحلال الذي هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للعاقد.

والخيارات أربع: خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار بسبب الاستحقاق.

ثم البيع أنواع أربعة من جهة المبيع:

البيع المطلق: وهو بيع العين بعين أو بدين.

وبيع السلم: وهو بيع ما في الذمة.

وبيع ما يصنعه عينًا: وهو الاستصناع.

قَالَ: (البَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ

وبيع المنافع: وهو الإجارة.

ومن جهة الثمن أربعة:

بيع العين بالثمن: وهو المطلق.

وبيع الثمن بالثمن: وهو الصرف.

وبيع العين بمكيل أو موزونٍ أو عددي متقارب في الذمة.

وبيع العين بثياب موصوفة في الذمة.

ومن جهة الثمن ينقسم إلى أربعة:

بيع مساومة: وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه.

وبيع مرابحة.

وبيع تولية.

وبيع وضيعة، وهو بيع بالنقصان عن الثمن الأول.

وأمَّا الفاسد فيفسد بجهات أربع:

إمَّا لمعنى في المحل مع قيام المالية.

وإمَّا لمعنى في العاقد مع قيام الأهلية.

وإمَّا لمعنى في العقد مع قيام أصله.

وإمَّا لعدم المالية في البدل، كذا في «الأسرار».

قوله: البَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ، والانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعًا.

والإيجاب عبارة عما يتقدم من أحد العاقدين من قولهما: بعتُ واشتريتُ، والدليل عليه ما ذكره مطلقًا بعد هذا بقوله: وَإِذَا أَوْجَبَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ، فإن الإيجاب هاهنا

إذَا كَانَا بِلَفْظَيِ المَاضِي) مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا بِعْتُ وَالآخَرُ اشْتَرَيْتُ؛

هو الإثبات، لا أن يكون المراد منه إلزام حكم على وجه يأثم صاحبه عند تركه؛ لأنه لا ولاية لأحدهما على الآخر، فبقوله: بعتُ يثبت كلام نفسه، أو يثبت الجواب على الآخر، إمَّا بالرد أو بالقبول؛ وذلك لأن الإيجاب فعل، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب، أي: إلى التحقيق والثبوت، فإن قوله: بعتُ قبل أن يتكلم به البائع كان في حيز الجواز، فلما قال: بعتُ فقد صرف من ذلك الحيز إلى الثبوت، فكان هو مثبتًا لكلامه، أو كان مثبتًا الجواب على الآخر، فعلى الوجه الأول كان ينبغي أن يسمى القبول إيجابًا أيضًا، إلا أن المشتري لمَّا قبل ما أوجبه البائع سُمي قبولًا للتمييز بين السابق واللاحق.

ثم اعلم أن عِليَّة البيع وما يُضاهيه يتوقف على أربعة أشياء كما في الحسيات في اتخاذ السرير مثلًا إلى النجار كالعاقد هاهُنا، وإلى الآلة كالفأس وهو مثل قولنا: بعتُ، وإلى النجر وهو مثل إخراج هذا القول على سبيل الإنشاء، وإلى المحل كالخشب، وهو مثل المبيع هاهُنا، فلو اختل شيء من هذه الأربعة لا يتحقق فعل النجر في الحسيات، فكذلك في الشرعيات لو اختل شيء من هذه الأربعة في عِليَّة البيع لم يبق علة.

قوله: إذَا كَانَا بِلَفْظَيِ المَاضِي، وإنما أراد بهذا انعقاد البيع بدون النية، وأمَّا إذا كان انعقاده باللفظ مع النية فيجوز انعقاده، وإن كانا بلفظ الاستقبال أو أحدهما لفظ المستقبل، فيحمل حينئذٍ لفظ الاستقبال على الحال؛ فإنه ذكر في «تحفة الفقهاء» فقال: أمَّا ما يتحقق بلفظين فقد يكون بدون النية وقد يكون مع النية، أما من غير النية ففيما إذا كان اللفظان بصيغة الماضي، نحو أن يقول البائع: بعتُ منك هذا العبد بكذا، وقال المشتري: ابتعتُ أو اشتريتُ، وكذا إذا بدأ المشتري فقال: اشتريتُ منك هذا العبد بكذا، فقال البائع: بعتُه منك أو أعطيته، أو نحو ذلك.

وأمَّا الذي لا ينعقد بدون النية بأن يخبر عن نفسه في المستقبل، وهو أن يقول البائع: أبيع منك هذا العبد بألف، أو أُبْدِلُه، أو أُعْطِيكه، فقال المشتري: اشتريه بذلك، أو آخذه ونويا الإيجاب للحال، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بلفظ المستقبل، مع نية الإيجاب في الحال فإنه ينعقد؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية. وأمَّا إذا كان بلفظين يعبر

لِأَنَّ البَيْعَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ، وَالإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ وَالمَوْضُوعُ لِلْإِخْبَارِ قَدِ اسْتُعْمِلَ فِيهِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ. وَلا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ المُسْتَقْبَلِ وَالآخَرُ لَفْظُ المَاضِي، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الفَرْقُ هُنَاكَ، وَقَوْلُهُ: رَضِيتُ بِكَذَا أَوْ أَعْطَيْتُكَ بِكَذَا أَوْ خُذْهُ

بهما عن المستقبل، إمَّا على سبيل الأمر، أو الخبر، أو أحدهما من غير نية الحال فإنه لا ينعقد البيع عندنا، وذلك أن يقول البائع: اشتر مني هذا العبد بألف، فقال: اشتريتُ، أو قال البائع: أبيع منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: اشتريتُ.

وذكر مثل هذا أيضًا في «شرح الطحاوي» فقال: إذا قال البائع: أبيع منك هذا العبد بألف درهم، وأراد به إيجاب البيع في الحال، فقال المشتري: قبلتُ، أو قال المشتري أولًا: أشتري منك هذه الجارية بألف درهم، وأراد به الإيجاب في الحال، وقال البائع: بعتُ منك، تمَّ البيع بينهما، فعلى هذا كان معنى قوله في الكتاب: وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُمَا لَفْظُ المُسْتَقْبَلِ، أي: إذا لم ينو به الحال، وأمَّا إذا نوى الحال فينعقد، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الفَرْقُ هُنَاكَ، فإن أحدهما لو قال للآخر: زوجني، فيقول: زوجتك، ينعقد النكاح؛ لأن هذا توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح، بخلاف البيع.

قوله: لِأَنَّ البَيْعَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ، والإنشاء إثبات أمر لم يكن، وَالإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ؛ لأن للشارع وهو الله تعالى ولاية الإيجاد والإعدام، والإثبات والمحو، فكان له الولاية الكاملة في وضع أسباب الشرائع وأركانها، والنبي صلَّى الله عليه وسلَّم مُخبِر عنه بإعلامه إيَّاه بأن هذا سبب هذا؛ وبأن هذا شرط هذا، وقد استعمل النبي صلَّى الله عليه وسلَّم لفظ الماضي الذي هو عبارة عن الذي يتحقق وجوده في انعقاد البيع، فكان الانعقاد مقتصرًا عليه؛ إذ القياس لا يجري في وضع الأسباب، والمعنى فيه أن انعقاد البيع في غير التعاطي لما توقف على العبارة، اختير له لفظ الماضي من بين سائر العبارات؛ وذلك لأن المخبر به وهو البيع والشراء لم يكن بينهما في الزمان الماضي، فيجعل كأن الله تعالى أنشأ بينهما بيعًا وشراءً، فهما أخبرا عنهما بقولهما: بعتُ واشتريتُ، اقتضاءً تصحيحًا لكلامهما، ومثل هذا مرَّ في الطلاق في قوله: أنت طالق، حيث يجعل هناك قبيل قوله: أنت طالق وقوع الطلاق اقتضاءً، وهذا إخبار

بِكَذَا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ: بِعْتُ وَاشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالمَعْنَى هُوَ المُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ العُقُودِ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ المُرَاضَاةِ.

عنه تصحيحًا لكلامه، فكذا هنا.

ولا يرد على هذا قوله: خذه بكذا، حيث ينعقد به البيع عند قبول المشتري، مع أنه ليس هو للماضي؛ لأنا نقول: إنه أمره بالأخذ ولم يكن له ولاية الأمر بالأخذ، إلا بأن يبيعه منه أو يبيح له بالأخذ، فيثبت البيع بطريق الاقتضاء، وترجحت جهة البيع على جهة الإباحة بدلالة قوله: (بكذا).

وذكر في «الإيضاح»: وإنما خصَّ هذه اللفظة؛ لأن هذه اللفظة التي هي خبر عن الماضي تستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحًا حكمةً وعقلًا، فصار للوجود حقًّا له بمقتضى الحكمة، فإذا قصد الإنشاء والإيجاد اختار اللفظ الذي لزمه الوجود، وهو لفظ الإخبار عن الماضي.

قوله: لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وقد ذكرنا ذلك المعنى قبيل هذا بأنه أمره بالأخذ، وليس له ولاية فيه إلا بسابقة البيع اقتضاءً.

قوله: وَالمَعْنَى هُوَ المُعْتَبَرُ، حتى أن الحوالة تصير كفالة عند عدم براءة الأصيل، والكفالة بشرط براءة الأصيل تصير حوالةً.

المراد من النَّفِيسِ: ما يكثر ثمنه كالعبيد والإماء، ومن الخَسِيسِ: ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة واللحم والخبز.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عن قول الكرخي فقال الكرخي: إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل، وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء، الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء، ثم اختلف المشايخ أيضًا في أن الشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين، أو الإعطاء من أحد الجانبين يكفي، وأشار محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» إلى أن تسليم المبيع يكفي، كذا في «الذخيرة».

قَالَ: (وَإِذَا أَوْجَبَ) أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ فَالآخَرُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي المَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ، وَهَذَا خِيَارُ القَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الخِيَارُ يَلْزَمُهُ حُكْمُ البَيْعِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَمْ يُفِدِ الحُكْمُ بِدُونِ قَبُولِ الآخَرِ فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهِ لِخُلُوِّهِ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ المَجْلِسِ؛ لِأَنَّ المَجْلِسَ جَامِعُ المُتَفَرِّقَاتِ فَاعْتُبِرَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ، وَالكِتَابُ كَالخِطَابِ، وَكَذَا الإِرْسَالُ حَتَّى اُعْتُبِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الكِتَابِ وَأَدَاءِ

قوله: وَالكِتَابُ كَالخِطَابِ، وهو أن يكتب فيقول: أما بعد فقد بعتُ عبدي فلانًا منك بألف درهم، فلمَّا بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتريتُ، أو قال: قبلتُ، تمَّ البيع بينهما.

قوله: وَكَذَا الإِرْسَالُ، وهو أن يرسل رسولًا فيقول البائع: بعتُ هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان وقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال وقال المشتري في مجلسه ذلك: اشتريتُ، أو قال: قبلتُ، تمَّ البيع بينهما؛ لأن الرسول مُعبِّرٌ وسفيرٌ، فنقل كلامه إليه فإذا اتصل به الجواب ينعقدُ، وكذا هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة.

فأمَّا في الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شرط العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالإجماع، حتى أن من قال: خالعتُ امرأتِي فلانة الغائبة على ألف درهم، فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صحَّ.

وكذا الإعتاق على مال يتوقف على إجازة العبد وإن كان غائبًا، بخلاف البيع والشراء فإنه لا يتوقف، فإن من قال: بعتُ عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، وبلغه الخبر فقبله لا يصح؛ لأن شطر العقد لا يتوقف فيه بالإجماع، فأمَّا في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يتوقف.

ثمَّ في كل موضع لا يتوقف شطر العقد فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه، ولا يجوز تعليقه بالشروط والأخطار؛ لأنه عقد معاوضة، وفي كل موضع يتوقف شطر العقد كالخلع

الرِّسَالَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ المَبِيعِ وَلا أَنْ يَقْبَلَ المُشْتَرِي بِبَعْضِ الثَّمَنِ

والعتق على مال لا يصح الرجوع ويصح التعليق بالشروط؛ لأنه في جانب الزوج والمولى بمنزلة التعليق وفي جانبها بمنزلة المعاوضة، كذا في «التحفة» و«شرح الطحاوي».

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ المَبِيعِ، إلى آخره، وإذا أَوْجَب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين:

إن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك؛ وهذا لأن الصفقة إن كانت واحدة فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع، وفي ذلك ضرر بالبائع؛ لأن العادة فيما بين الناس أنَّهم يضمون الرديء إلى الجيد في البياعات، وينقصون شيئًا عن ثمن الجيد لترويج الرديء بالجيد، فلو ثبتَ خيار قبول العقد في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع، فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه، وفيه ضررٌ بالبائع.

وقال القدوري رحمه الله: إلا أن يرضى البائع في المجلس نحو أن يقول: بعتُك هذا العبد بخمسين، فيقول المشتري: قبلتُ في نصفه فيرضي به البائع، أو يقول: بعتُك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشتري: قبلتُ في أحدهما فيرضي به البائع، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبول، فإذا رضي به البائع في المجلس يجوز، قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن، على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي القفيزين؛ لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء، فيكون حصة كل قفيز معلومة، فأمَّا إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو أن أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين، لم يصح العقد إذا قبل المشتري في أحدهما وإن رضي به البائع؛ لأن القبول من المشتري لمَّا جعل بمنزلة ابتداء إيجاب، فإذا لم يكن حصة كل واحد منهما معلومةً لو جاز البيع في الذي قبل، كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز.

ولو قال: بعتك هذين العبدين، هذا بمائة وهذا بمائة، فقبل المشتري البيعَ في أحدهما، ذكر في بعض المواضع أنه يجوز، وذكر في «الجامع» أنه لا يجوز، إلا أن يقول: بعتُك هذين

لِعَدَمِ رِضَا الآخَرِ بِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتٌ مَعْنًى.

العبدين، بعتك هذا بمائة، وبعتك هذا بمائة، فقبل المشتري البيعَ في أحدهما جاز، أمَّا إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وإن سمى لكل واحد منهما ثمنًا.

ثمَّ لا بد من بيان معرفة اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول:

إذا اتحد البيع والشراء والثمن بأن ذكر الثمن جملة، والبائع واحد، والمشتري واحد، فالصفقة متحدة قياسًا واستحسانًا، وكذلك إن تفرق الثمن بأن سمَّى لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة، واتحد الباقي بأن قال البائع: بعتُك هذه الأثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا، وكذلك إذا كان البائع واحدًا والمشتري اثنين والثمن ذكر جملة، بأن قال البائع لرجلين: بعتُ هذا منكما بكذا، وقال المشتريان: اشترينا هذا منك بكذا، كانت الصفقة متحدةً، هذا هو الكلام في الاتحاد.

وأمَّا الكلام في جانب التفرق فنقول:

إن تفرقت التسمية بأن سمَّى لكل بعض ثمنًا على حدة، وتكرَّر البيع أو الشراء، والبائع والمشتري اثنان، أو كان أحدهما اثنين فالصفقة متفرقة، وكذلك إذا تفرق الثمن وتكرر البيع أو الشراء والبائع والمشتري واحد، بأن قال البائع لرجل: بعتُ منك هذه الأثواب، بعتُك هذا بخمسة، أو قال المشتري: اشتريتُ منك هذه الأثواب، اشتريتُ هذه بعشرة، واشتريتُ هذه بخمسة، كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق.

وأمَّا إذا تفرق الثمن إلا أنه لم يتكرر لفظ البيع والشراء، واختلف العاقد بأن كان من أحد الجانبين اثنان، أو كان من كل جانب اثنان، ذكر في بعض المواضع أنَّها صفقة واحدة، وذكر في بعض المواضع أنَّها صفقتان، قيل: الأول استحسان والثانِي قياس، وقيل: الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثانِي قول صاحبيه، كذا في «الذخيرة»، و«المحيط».

ذكر في «المغرب»: الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه.

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإِيجَابُ؛ لِأَنَّ القِيَامَ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ) وَالرُّجُوعِ، وَلَهُ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِذَا حَصَلَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ لَزِمَ البَيْعُ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ المَجْلِسِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «المُتَبَايِعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» وَلَنَا أَنَّ فِي الفَسْخِ إِبْطَالُ حَقِّ الآخَرِ فَلَا يَجُوزُ،

قوله: وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإِيجَابُ، فكان هذا امتناعًا عن إتمام العلة لا إبطالها؛ وذلك لأن إيجاب البائع أحد شطري علة الحكم، والحكم إذا تعلَّق بعلة ذات وصفين كان للأول حكم السبب وللثاني حكم العلة، فلمَّا لم يكن للأول بدون قبول الآخر حكم العلة، لا يكون إبطال القول بالقيام إبطالاً للعلة فيجوز.

ثمَّ إنما ذكر **بقوله**: وَأَيُّهُمَا قَامَ، على وجه التعميم على المتعاقدين، احترازًا عن إيجاب الخلع، وإيجاب العتق على مال من الزوج والمولى، فإن حكم البطلان بالقيام لم يعم على المتعاقدين، أعني: الزوج والمرأة، والمولى والعبد؛ حيث لا يبطل الإيجاب بقيام الزوج والمولى، بخلاف قيام المرأة والعبد على ما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّ القِيَامَ دَلِيلُ الإِعْرَاضِ، فإن قيل: لا شك في أن الصريح أقوى من الدلالة، ثم هو لو قال بعد القيام: قبلتُ؛ صريحًا لا يصح أيضًا، فلو كان القيام دليل الإعراض كان ينبغي أن يترجَّح عليه صريح القبول؛ لأن الصريح أقوى من الدلالة.

قلنا: إن رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة، فلمَّا ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الإعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وإن كان هو قويًّا في نفسه؛ لأنه انفسخ بمجرد القيام ما كان متوقعًا، والمفسوخ لا يلحقه الإجارة.

قوله: وَلَهُ ذَلِكَ - أي: وللموجِبِ الرجوع عمَّا أوجب - عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو **قوله**:

وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ القَبُولِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ فَإِنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ ... لِخُلُوِّهِ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ.

قوله: وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ القَبُولِ، وهو الذي ذكر قبله: فَالآخَرُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي المَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ.

قوله: وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ، أي: وفي الحديث إشارة إلى خيار القبول، فوجه الإشارة هو أن الأحوال ثلاث: قبل قولهما، وبعد قولهما، والثالث بعد كلام الموجب وقبل قبول الآخر.

وإطلاق لفظ المتبايعين عليهما في الوجهين الأولين مجاز محض؛ لأن اسم المتبايعين عليهما قبل كلامهما بالبيع والشراء كان باعتبار ما يؤول، وبعد كلامهما بالبيع والشراء كان إطلاق اسم المتبايعين عليهما باسم ما كان، وأمَّا إذا أوْجب أحدهما البيع والآخر على عرضية القبول كان ذلك الوقت وقت التبايع، فكانا متبايعين حقيقةً، فذلك الوقت وقت خيار القبول على ما ذكرنا، فكان محمولاً عليه؛ ولأن هذه الحالة حالة جامعة لما كان قبل التبايع وما كان بعده، فكانت هي أحق بحقيقة حالة التبايع.

فإن قيل: بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارع متبايعين؛ لما أن الشَّارع أعطى للعقود الشرعية حكم الجواهر لما عُرف.

قلنا: الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما، لا حقيقة كلامهما فإن الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى.

فإن قلتَ: ففي كل واحد من المحملين، أعني: ما حمله الشافعي رحمه الله وما حملنا نوع مجاز، أمَّا فيما حمله الشافعي فما ذكرتُ، وأمَّا فيما حملناه فهو أن التفرق من الأوصاف فقيامها لا يكون إلا بالأعيان، فلو أسند التفرق إلى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز، إلا أن يسند إليه بطريق التجوز فيجب لذلك أن يسند التفرق إلى البدن ليكون قولًا بحقيقة التفرق.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن إسناد التفريق والتفرّق إلى غير الأعيان شائع فاشٍ في مجاري

الْمُبَاشَرَةِ لا بَعْدَهَا أَوْ يَحْتَمِلَهُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الأَقْوَالِ.

قَالَ: (وَالأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ) لِأَنَّ بِالإِشَارَةِ كِفَايَةٌ فِي التَّعْرِيفِ وَجَهَالَةُ الوَصْفِ فِيهِ لا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

الكلام، فصار هو بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝٤﴾ [البينة: ٤]، وقال تعالى: ﴿لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٨٥]، هذان في الاعتقاد، وقال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]، هذا في النكاح، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين ملة»، هذا أيضًا في الاعتقاد، وكان الحمل على القول حملًا على ما هو فاشٍ في الاستعمال، وهو بمنزلة الحقيقة يتسارع إليه الأفهام، وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل على المجاز على ما ذكرنا.

وذكر في «الأسرار»: أن المراد من الخيار المذكور في الحديث خيار الإقالة، بخلاف النكاح بدليل أنه أضاف إليهما، وإنما الإقالة المبتدأة يتعلق باختيارهما جميعًا، لا الرد بخيار المجلس.

وذكر في «الإيضاح»: ولا كلام الشافعي رحمه الله من حيث الفقه فإن قضية العقد اللزوم؛ لأنه تمَّ بِهما وتعلق به حق كل واحد منهما، فثبوت الخيار يستدعي سببًا لا محالة ولم يوجد، وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن إبراهيم رحمه الله.

قوله: أَوْ يَحْتَمِلَهُ، أي: يحتمل الحديث خيار القبول.

قوله: وَالأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا، أي: سواء كانت ثمنًا أو مثمنًا بعد أن لم يكن في الأموال الربوية، فإن الأعواض إذا كانت من الأموال الربوية كالدراهم، والدنانير، والحنطة، والشعير، إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وإن أشير إليها، لاحتمال الربا على ما يجيء.

قوله: وَجَهَالَةُ الوَصْفِ فِيهِ - أي: وصف المقدار في التعريف - **لا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ**؛

(وَالأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ) لا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ القَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَالتَّسَلُّمَ وَاجِبٌ بِالعَقْدِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ

لأن الأعواض حاضرة والتقابض حال، بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلَّم فيه حيث لا يجوز لأدائها إلى المنازعة؛ لأن المسلَّم فيه ليس بحاضر ولم يشر العقد إليه، فيطالب رب السلم المسلَّم فيه عن المسلم إليه مقدارًا أزيد ممَّا يدفعه المسلم إليه وهو لا يسلم إليه ما طالبه رب السَّلم فيتنازعان.

قوله: وَالأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ، أي: المطلقة في الثمنية، أي: الكاملة فيها، وهي الدراهم والدنانير؛ فإنَّهما ثمنان على الإطلاق؛ لما أنَّهما خُلقا للثمنية؛ لما عُرف في مسئلة الحُلي.

والمطلقة أيضًا عن قيد الإشارة، يعني إذا باع شيئًا بالدراهم أو الدنانير وهي غير مشار إليها لا يجوز البيع، إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، لكن فائدة ذكر الإطلاق هاهنا للاحتراز عن كونها مشارًا إليها، لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة في أصلها للثمنية لوجهين:

أحدهما: دليل المقابلة، وهو أنه ذكر الأثمان المطلقة عقيب قوله: وَالأَعْوَاضُ المُشَارُ إِلَيْهَا، مع اختلاف الحكم علم أن ذلك الاختلاف لم ينشأ إلا بذكر الإشارة وعدم ذكرها.

والثاني: أن ذكر القدر والصفة شرط في الثمن إذا لم يكن مشارًا إليه وإن لم يكن هو مخلوقًا للثمنية كما في المكيلات والموزونات، كما هو شرط في الدراهم والدنانير، فلم يفد الاحتراز عنه حينئذٍ بذكر الإطلاق، وذلك لأن الأموال ثلاثة:

(١) ثمن محض: كالدراهم والدنانير، فإنَّها خُلقت للثمنية أبدًا قابلها أمثالها، أو أعيانًا صحبها حرف الباء أو لا، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، فسَّر الثمن بالدراهم.

(٢) ومبيع محض: وهو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، إلا الثيابُ إذا وصفت وضرب لها أجل، فإن في هذه الصورة تصيرُ هي ثمنًا، حتى لو اشترى عبدًا بثوب موصوف في الذمة ولم يضرب للثوب أجلًا لم يجز، وإن ضرب له أجلًا جاز.

وَالتَّسَلُّمُ، وَكُلُّ جَهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمْنَعُ الجَوَازَ، هَذَا هُوَ الأَصْلُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ البَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ إِذَا كَانَ الأَجَلُ مَعْلُومًا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَعَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ»، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِنَ التَّسْلِيمِ الوَاجِبِ بِالعَقْدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ المُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

(٣) وما كان مترددًا بين مبيع وثمن، فهي المكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، فإنَّها مبيعة باعتبار أنَّها منتفع بأعيانها، ثمن باعتبار أنَّها مثلية كالدراهم والدنانير، فإن قابلها الدراهم والدنانير فهي مبيعة، وأمَّا إذا كان في مقابلتها عين فإن كانت المكيلات والموزونات معيَّنة فهي مبيعة وثمن؛ لأن البيع لا بدَّ له من مبيع وثمن، وليس أحدهما بأن يجعل مبيعًا أوْلَى من الآخر، فجعلنا كل واحد منهما مبيعًا من وجه ثمنًا من وجه، وأمَّا إذا كانت غير معينة فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن بأن يقول: اشتريتُ هذا العبد بكذا كذا حنطة، ويصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كانت مبيعة بأن قال: اشتريتُ منك كذا حنطة بِهذا العبد، فلا يصح العقد إلا بطريق السَّلم، كذا في «الذخيرة» و«المحيط».

وصورة الأثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما إذا قال: اشتريتُ هذا الشيء بالذهب، ولم يُبيّن قدرُه ولا صفته، وكذا لو قال: بالدراهم، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الصفة أن يقول: بخاري أو سمرقندي.

قوله: وَكُلُّ جَهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا، وهي كونها مفضية إلى المنازعة، وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي إلى المنازعة، فإنَّها لا تمنع الجواز على ما ذكر قبيل ذلك في **قوله: وَالأَعْوَاضُ المُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا**، إلى آخره.

وكذلك لو باع عبدًا من عبدين على أن المشتري بالخيار، وكذا لو باع قفيزًا واحدًا

قَالَ: (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ)؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِّي لِلْجَوَازِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ (فَإِنْ كَانَتِ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهُمَا) وَهَذَا إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ تَرْتَفِعَ الْجَهَالَةُ بِالْبَيَانِ، أَوْ يَكُونَ أَحَدُهَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ وَالنُّصْرَتِيِّ الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ وَالِاخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِي بِفَرْغَانَةَ

من صُبرة طعام مُشار إليها.

قوله: وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ، أي: عن ذكر الصفة، أي: ذكر القدر دون الصفة، فإنه لو لم يذكرهما كانت هذه المسألة عين تلك المسألة التي ذكرها قبلها قبل الاستثناء، وهي **قوله:** وَالأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لا تَصِحُّ، ولو ذكرهما كانت عين تلك المسألة بعد الاستثناء، وهي أن تكون معروفة القدر والصفة في الأثمان المطلقة فيلزم التكرار، فلا بدَّ من أن يقال: إن معنى الإطلاق هُنا هُو الإطلاق عن ذكر الصفة دون القدر، بأن يذكر القدر دون الصفة بأن قال: اشتريتُه بعشرة دراهم، ولم يقل: إنَّها بخارية أو سمرقندية، ثم في زماننا في بخارى كان ذكر الدراهم منصرفًا إلى الدراهم البخاريَّة؛ لأنَّها غالب نقد البلد.

قوله: وَهَذَا، أي: فساد البيع فيما إذا كان كل النقود في الرواج سواء مع اختلافها في الماليَّة، كالذهب الركني والخليفتي، فإن الذهب الخليفتي كان أفضل في المالية من الركني، ثم إنَّهما كانا غالب نقد البلد.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ، أي: فساد البيع بإطلاق الثمن عن الصفة فيما إذا كانت النقود الرابحة مختلفة في المالية كما ذكرنا.

الثُّنَائِيِّ: هو ما كان الاثنان منه دانقًا، وَالثُّلَاثِيِّ: هو ما كان الثلاث منه دانقًا، وَالنُّصْرُتِيِّ: بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارى، كذا في «فوائد مولانا الإمام حميد الدين الضرير»

جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمُ الدِّرْهَمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا قَدَّرَ بِهِ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ لا مُنَازَعَةَ وَلا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً) وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ

رحمه الله تعالى.

وحاصل هذا ما ذكره صاحبُ «الذخيرة» رحمه الله في «الذخيرة» فقال: إذا اشترى الرجل شيئًا من آخر بألف درهم أو بمائة دينار، ولم يسمِّ شيئًا فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون في البلد نقدٌ واحدٌ معروفٌ، وفي هذا الوجه جاز العقد وينصرف إلى نقد البلد بحكم العُرف؛ لأن المعروف كالمشروط.

والوجه الثاني: إذا كان في البلد نقود مختلفة، فإنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون الكل في الرواج على السواء، ولا صرف فيها لبعضها على البعض، وفي هذا الوجه جاز العقد، وإن كان الثمن مجهولًا إذا لم يصر نقد من النقود معلومًا لا بحكم العرف ولا بحكم التسمية، إلا أن هذه جهالة لا توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلُّم، وإن كان لبعضها صرف على البعض والكل في الرواج على السواء كما في الغطارفة مع العدالي في الزمان السابق، لا يجوز البيع؛ لأن الجهالة هاهُنا توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلُّم، وإن كان لبعضها فضل على البعض إلا أن واحدًا منها أرْوَج فإنه يجوز؛ لأن العقد ينصرف إلى الأرْوَج.

قوله: إِلَى مَا قُدِّرَ بِهِ، على بناء المفعول.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ، فاسم الطعام في العرف يقع على الحنطة ودقيقها في البيع والشراء على ما يجيء في الوكالة إن شاء الله تعالى، فعلى هذا لا يكون ذكر الحبوب بعد الطعام مستدركًا، فكان المراد من الحبوب العدس والحمصة وأمثالها.

أو نقول: اسم الطعام غلب على البُر كما في حديث صدقة الفطر: «كنَّا نخرج على عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم صاعًا من طعام، أو صاعًا من شعير»، كذا في «المغرب»،

لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ» بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنِ احْتِمَالِ الرِّبَا وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَشَابَهَ جَهَالَةَ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ وَبِوَزْنِ حَجَرٍ بِعَيْنِهِ لا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ)؛ لِأَنَّ

فكان ذكر الحبوب بعد ذلك واقعًا على ما يعتبر حبه كالباقلي والحمصة، فإنَّهما قد يُوكلان حبًّا حبًّا، ولكن ألحق غيرهما بهما بطريق الدلالة؛ لدخول كل منهما تحت الكيل.

الْمُكَايَلَةُ: (با يكديگر پيمانه معامله كردن)، الْمُجَازَفَةُ: والجِزاف فارسي معرب، وهو في البيع والشراء، وهو بالحدس بلا كيل ولا وزن، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: وَهَذَا، إشارة إلى البيع مجازفةً؛ لأن هذا القيد وهو بيعه بخلاف جنسه إنما يشترط في المجازفة لا في المكايلة؛ لأن هناك يعلم المساواة بالكيل.

ثم هذا القيد وهو قوله: وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ، إنَّما يفيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل، فأمَّا إذا كان قليلًا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وإن كان في جنس واحد، حتى لو باع نصف منٍّ من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَشَابَهَ جَهَالَةَ القِيمَةِ، أي: إذا لم يعرف قيمة المبيع يجوز كما لو عرفت، حتى لو اشترى شيئًا بدرهم مثلًا وقيمة ذلك الشيء مجهولة، ولا يعرف أنَّها زائدة على الثمن وهو الدّرهم أو ناقصة عنه يجوز؛ لما أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، فلا تكون مانعة من التسليم والتسلُّم.

قوله: وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ، قيل: هذا محمول على ما إذا كان الإناء من خزف، أو حديد، أو خشب، أو ما أشبه ذلك، ممَّا لا يحتمل الزيادة والنقصان، أمَّا إذا كان سبيًا يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل، والجوالق، والغرائر، لا يجوز البيع، كذا في «المغني».

قوله: لِأَنَّ الجَهَالَةَ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا باع أحد

الجَهَالَةَ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ لِمَا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسْلِيمَ فَيُنْدَرُ هَلَاكُهُ قَبْلَهُ بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ وَالهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي البَيْعِ أَيْضًا، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ البَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا، وَقَالَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ) لَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ

العبيد الأربعة على أن المشتري فيه بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيّهم شاء ويرد الباقين، أو اشترى شيئًا بأيّ ثمن شاء فإن البيع باطل، وإن لم تكن هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة.

قلنا: لأن ثمَّة لا يجوز العقد لا لأجل الجهالة بل لعدم المعقود عليه؛ لأن العقد لم ينعقد في أحدهم عينًا، وفي غير العين لا يفسد انعقاد العقد فلم ينعقد لأجل هذا المعنى لا لأجل الجهالة، وكذا إذا باع بأيّ ثمن شاء المشتري فالثمن معدومٌ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل قدرًا من الثمن ثمن في الحال، وأمّا هاهُنا لو امتنع جواز العقد إنما يمتنع لأجل الجهالة؛ لأن المعقود عليه موجودٌ، كذا في «مبسوط» أبي اليُسر رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وإن اشترى بذلك الإناء يدًا بيدٍ فلا بأس به؛ لأن في المعين يجوز البيع مجازفةً فبمكيال غير معروف أَوْلَى؛ وهذا لأن التسليم عقيب العقد والقدرة على التسليم في الحال ثابتة بقيام المكيال الذي عيَّنه، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في البيع أيضًا؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه ما يُشار إليه، وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمَّي من القدر ولم يوجد منهما هاهُنا فإنه ليس بمجازفة، ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلومًا، وعن أبي يوسف رحمه الله في بيع العين أنه عيَّن مكيالًا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه، لا يجوز العقد فيه؛ لأنه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل، وإن كان شيئًا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز.

قوله: وَقَالَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: سواء سمَّى جملة القفزان أو لم يسم.

الصَّرْفُ إِلَى الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَيُصْرَفُ إِلَى الأَقَلِّ وَهُوَ مَعْلُومٌ، إِلَّا أَنْ تَزُولَ الجَهَالَةُ بِتَسْمِيَةِ جَمِيعِ القُفْزَانِ أَوْ بِالكَيْلِ فِي المَجْلِسِ، وَصَارَ هَذَا كَمَا لَوْ أَقَرَّ وَقَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُلُّ دِرْهَمٍ، فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بِالإِجْمَاعِ.

قوله: لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ، فإن قيل: سلمنا أن فيه جهالتُهما ولكن الجهالة إنما تفسد البيع إذا كانت مفضية إلى المنازعة كما مرَّ، وهذه ليست بمفضية إليها؛ لأن كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به، فبعد ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة قفيز أو لم تكن، فينبغي أن يجوز كما في الأعواض المشار إليها من غير معرفة القدر والصفة.

قلنا: قد يفضي إلى المنازعة؛ لأن البائع يطالبُ من المشتري قبض الثمن أولًا والثمن غير معلوم، وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجبَ عليه من الثمن؛ لأن ذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان، وحاصل ذلك أن صيغة العموم إذا أضيفت إلى محل لا يقبل العموم يُراد بها أخص الخصوص الذي دلَّ عليه الكلام، كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠] الآية، وهاهُنا أخص الخصوص قفيز واحد فيحمل عليه.

قوله: أَوْ بِالكَيْلِ فِي المَجْلِسِ، وإنما قيَّد بِهذا؛ لأنه إذا سمَّى جملة قفزانها، أو كالها بعد الافتراق عن المجلس لا يصح، وإنما يصح إذا علم في المجلس؛ لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة، فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد، وأمَّا إذا افترقا تقرَّر الفساد لجهالة الثمن فلا ينقلب جائزًا.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كان الفساد بحكم شرط أجل مجهول، أو شرط الخيار أربعة أيام، فإنه ينقلب جائزًا إذا رفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس أيضًا.

قلتُ: إن الفساد ثمَّة لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيَّد بالمجلس؛ لأن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل، إلى هذا أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

وَلَهُمَا أَنَّ الجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعٍ، فإن قيل: بل مثلها مانع أيضًا؛ لجواز البيع كما في البيع بالرقم، فإنه فاسد وإن كانت إزالة الجهالة بيدهما.

قلنا: إنما فسد البيع بالرقم؛ لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد، وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري، فصار هو بسببه بمنزلة القمار؛ لأنه يحتمل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم، أو أكثر، أو أقل، وعن هذا قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله: وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على ذلك الرضا فرضي به المشتري ينعقدُ بينهما عقد ابتداء بالتراضي، هكذا ذكر في نوع جهالة المبيع والثمن في الفصل السادس من بيوع «الذخيرة».

وأمَّا في مسألتنا قدرُ المبيع الذي هو الصبرة كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري، فكان إزالة الجهالة بيدهما فيجوز.

وأمَّا جوابُ أبي حنيفة رضي الله عنه من: بيع عبد من عبدين، أن القياس فيه الفساد أيضًا، إلا أنا جوَّزناه استحسانًا بالنصِّ، وأصل هذه المسألة من الطرفين ما ذكره في «المبسوط» في باب البيوع الفاسدة من كتاب البيوع فقال: والأصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه متى أضاف كلمة (كل) إلى ما لم يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه وهو الواحد، كما لو قال: لفلان عليَّ كل درهم، يلزمه درهم واحد، وكذلك إذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم، وكذلك إذا أجَّر داره كل شهر بدرهم، يلزمه العقد في شهر واحد عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فإنما يلزم ذلك في شهر واحد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلومًا بالإشارة إليه، فأمَّا فيما يُعلم جملته بالإشارة فالعقد يتناول الكل، كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية؛ لأن الإشارة أبلغ من التعريف في التسمية، فإذا عرفنا هذا الأصل فنقول:

هاهُنا الجملة معلومة بالإشارة فيجوز العقد في الكل عندهما، ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما، والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّها ترتفع بالعدِّ وهو عدٌّ

عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالخِيَارِ، ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

المشار إليه، وعند أبي حنيفة رحمه الله لمَّا لم يكن العدُّ معلومًا عند العقد فإنَّما يتناول العقد واحدًا من الجملة، وبيع شاة من القطيع لا يجوز؛ لأنَّها متفاوتة وإن كانت العبرة للإشارة، فثمن جميع ما أشار إليه عند العقد مجهول، وجهالة مقدار الثمن يمنع صحة العقد، وما هو شرط العقد إذا انعدم عند العقد يفسد العقد، ولا يعتبر إمكان اتخاذه في الثاني كشرط الشهود في النكاح، وعلى هذا لو باع صُبرة حنطة كل قفيز منهما بدرهم، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال: هناك العقد جائز في قفيز واحد، فإنه إذا اشترى قفيزًا من الصبرة جاز بالإجماع؛ فإن القفيزان لا تتفاوت بخلاف الغنم.

وقال في «الفوائد الظهيريَّة»: فإن قيل: ما ذكره أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله ينتقض بما إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو قال: كل عبد اشتريه فهو حرٌّ، فانه ينصرف إلى كل امرأة يتزوجها وإلى كل عبد يشتريه، فينبغي أن لا يجوز هذا على ذلك الأصل المذكور اتفاقًا، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله كما في مسألة الأغنام، وأمَّا عندهما ففيما لا يكون منتهاه معلومًا بالإشارة لا يجوز كقول أبي حنيفة رحمه الله، كما في مسألة الإجارة، وهذا كذلك.

قلنا: نحن ندعي ذلك فيما يجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري، وبه يقع الانفصال عما ذكرتم: **لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ.**

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا باع الرجلان عبدًا بألف درهم من رجل ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن، فإنه يجوز في نصيب الشريك، ولا يجوز في نصيب الذي اشتراه وليس له الخيار مع تفرق الصفقة، علم بِهذا أن تفرق الصفقة لا يوجب الخيار.

قلنا: إنما كان هناك هكذا؛ لأنه لم يجز هناك ذلك الشراء في نصيب نفسه؛ لأن بالجواز يلزم شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن وذلك لا يجوز عندنا، فكان ذلك الشراء واقعًا على نصيب الشريك بالحصة، كما لو اشترى القنّ مع المدبر بثمن معلوم يقع الشراء على القنِّ بحصته ولا خيار فيه.

فَلِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا كَيَّلَ فِي المَجْلِسِ أَوْ سَمَّى جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ بِذَلِكَ الآنَ فَلَهُ الخِيَارُ، كَمَا إِذَا رَآهُ وَلَمْ يَكُنْ رَآهُ وَقْتَ البَيْعِ. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ فَسَدَ البَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ جُمْلَةَ

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يخير المشتري على قول أبي حنيفة رحمه الله في قفيز واحد؛ لأنه كان يُعلم انصراف البيع إلى قفيز واحد، كما لو اشترى قنًّا مع المدبر حيث لا خيار له في القن لعلمه أن البيع منصرف إليه؛ وذلك لأن تفريق الصفقة إنما يلزم أن لو كان إيجاب البيع والشراء واقعًا على الكل ثم هو يقبل البعض، وليس هاهُنا كذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قلنا: إن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها، فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة رحمه الله، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَيَّلَ فِي المَجْلِسِ أَوْ سَمَّى جُمْلَةَ قُفْزَانِهَا، أي: للمشتري الخيار أيضًا وإن لم يكن فيه تفريق الصفقة، ولكن بمعنى آخر وهو أن حال المشتري إنما انكشفت عليه في الحال في مقدار الواجب عليه ثمنًا، فجاز أن يكون في حدسه أن يكون ذلك أقل من الذي ظهر، فقيل: الكل بناء على ذلك الحدس والظن، فلمَّا ظهر أكثر ممَّا ظن كان له الخيار؛ لأنه ربما لا يكون له من الثمن بمقدار هذا الذي ظهر، ولا يمكنه أخذ ذلك الثمن الزائد بلا ثمن، ولا يمكنه أخذ ما ظنَّ بدون ذلك الزائد لتفرق الصفقة فكان له الخيار، كما لو لم يره المشتري وقت الشراء ثم رآه له خيار الرؤية؛ لأنه بعد ما رآه ربما لا يعجبه، فأثبت الشارع له فيه خيار الرؤية دفعًا للضرر فكذا هنا، إلى هذا أشار في «شرح الجامع الصغير».

قوله: وَكَذَلِكَ مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً، أي: بشرط الذرع.

اعلم أن هذه المسألة على وجوه ثلاثة:

الذِّرَاعَانِ، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الكُلِّ لِمَا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ) لِمَا بَيَّنَّا، غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلَا تُفْضِي الجَهَالَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتُفْضِي إِلَيْهَا فِي الأَوَّلِ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَمَنِ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ كَانَ المُشْتَرِي بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ المَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ) لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ، فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِالمَوْجُودِ (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ

أحدها: أن تبين جملة الذرعان ولم يبين جملة الثمن فقال: بعتُ منك هذا الثوب وهو عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم فهو جائز؛ لأن المعقود عليه وجملة الثمن صارت معلومة ببيان الذرعان الثوب.

والثانية: أن يبين جملة الثمن ولم يبين جملة المعقود عليه فقال: بعتُ منك هذا الثوب بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم فهو جائز؛ لأنه لمَّا سمى لكل ذراع درهمًا وبيَّن جملة الثمن صار جميع الذرعان معلومًا.

والثالثة: أن يقول: بعتُ منك هذا الثوب كل ذراع بدرهم، ولم يبين جملة الذرعان ولا جملة الثمن وهي مسألة الكتاب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، كالخشبة والأواني.

قوله: لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ؛ لأن ما زاد على الموجود إنما يجب على البائع تسليمه بصفقة على حدة؛ لأن الصفقة الأولى وقعت على هذا الموجود ولم يكن الزائد داخلًا فيها، وقد ذكرنا أن تكرر البيع والشراء يوجب تفريق الصفقة، وكل واحد من المتعاقدين مخير في الصفقة المستأنفة، إن شاء باشر الصفقة وإن شاء لم يباشر.

فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ أَرْضًا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَلَّ فَالْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ

قوله: وَالقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ، بل هو أصل.

اعلم أن المشايخ رحمهم الله ذكروا في الفرق بين الوصف والأصل حدودًا، قيل: إنَّ ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما لا يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه أصل.

وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوّم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما لا يكون بِهذه المثابة.

وقيل: إن ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو أصل، وما ينتقصُ الباقي بفواته فهو وصف، وهذا القول بالقول الثاني يتقاربان، فبهذا يعلم أن القدر في المكيلات والموزونات أصل، والذرع في المذروعات وصف؛ لأن المكيلات لا تتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب، وكذلك إن العشرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري التسعة بالثمن الذي كان يخصّها مع القفيز الواحد فيما إذا قال: اشتريتُ هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنَّها عشرة أقفزة.

وأمَّا الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه، فإن العتابي مثلًا إذا كان معه خمسة عشر ذراعًا، فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضًا.

ثمَّ ثمرة كون الذراع أو القفيز من البيع وصفًا أو أصلًا يظهر في مواضع:

أحدها: هو ما ذكره في الكتاب، وهو أنه إذا وجده أزيَد ممَّا سماه البائع ففي الأصل كانت الزيادة للبائع، وفي الوصف كانت للمشتري، وأمَّا إذا وجده أنقص ممَّا سماه البائع ففي الأصل كان هذا الموجود للمشتري بما يخصُّه من الثمن لا بكله، وفي الوصف كان له بكل الثمن، والمعنى فيه هو ما ذكره في الكتاب.

تَرَكَ)؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالعَرْضِ،

والثانِي: هو أنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل الكيل والوزن إذا كان اشتراه بشرط الكيل أو الوزن بأن قال: اشتريتُ هذا الطعام على أنَّها عشرة أقفزة، وكذا هنا، وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء اشتراه مجازفةً، أو على أنه عشرة أذرع؛ لأن الذرع لمَّا كان صفة في المذروعات لا يلزم فيه اختلاط المبيع بغير المبيع، فيجوز التصرف له قبل الذرع؛ لأن الكل له سواءٌ كان أنقص أو أزيد ممَّا سمًى، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن الزيادة وكل قفيز منها أصل وليس بتبع، فعلى تقدير الزيادة يلزم اختلاط المبيع بغير المبيع، فلذلك لا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن.

والثالث: أن بيع الاثنين بالواحد لا يجوز في المكيلات والموزونات، وفي المذروعات يجوز؛ لأن الزيادة لمَّا كانت أصلًا في المكيلات والموزونات كانت شيئًا معتدًّا به، فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربويَّة، بخلاف الذرع فلم يعتبر زيادته زيادة مانعة عن البيع لكونه تبعًا، إلى هذا أشير في شروح «الجامع الصغير».

قوله: أَلَا يَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالعَرْضِ، فإن قلتَ: الاستدلال بِهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم؛ فإن الطول والعرض كما هو وصف فيقال: شيء طويلٌ وعريضٌ، فكذلك القلة والكثرة أيضًا وصف مستقيم فيقال: شيءٌ قليلٌ أو كثيرٌ، ثمَّ عشرة أقفزة من المكيلات كثيرة بالنسبة إلى تسعة أقفزة، فلم يجعل القفيز الزائد وصفًا هناك، فكيف يجعل الذرع الزائد وصفًا هاهُنا مع مساواة القفيز فيما هو للذرع على ما قلنا.

قلتُ: نعم كذلك إلا أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن كان أصلًا، والقلة والكثرة من حيث الذرع كان وصفًا؛ لدخولهما تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل والوصف، فإن عشرة أقفزة لا يزداد قيمتها بزيادة القفيز العاشر، مع أن وصف الكثرة حصل به؛ وذلك لأن الكثرة فيها عبارة عن بيان كثرة الأصل، والأصل لا يكون وصفًا للأصل بخلاف الذرع، فإن عشرة أذرع من الثوب يزداد قيمتها بزيادة الذرع العاشر؛ لأنَّها تبلغ الثوب الذي يُلبس بوجود الذرع العاشر وبدونه لا يبلغ، فكان لتسعة أذرُع زيادة قيمة لم تكن هي لها

وَالوَصْفُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الحَيَوَانِ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المِقْدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحِصَّتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصْفِ المَذْكُورِ لِتَغَيُّرِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَخْتَلُّ الرِّضَا.

قَالَ: (وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَلا خِيَارَ لِلْبَائِعِ)؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيبًا، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ.

بدونه، أي: الذرع العاشر، وهذا متعارف فيما بين التجار، فكان الذرع وصفًا، والله أعلم.

قوله: وَالوَصْفُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فإن قيل: الأوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجبَ أن لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا امتنع الرد، حتَّى أن رجلًا لو اشترى عبدًا فأعتقه أو ماتَ عنه، ثم اطلع على أنه لم يكن أصابع يده تامَّة يرجع على بائعه بالنقصان، وكمال الأصابع وصف فيه، لدخوله تحت حدِّ الوصف الذي ذكرنا.

قلنا: الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، إلا إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقةً أو حكمًا، أمَّا حقيقةً كما إذا باع عبدًا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن؛ لأنه صار مقصودًا بالقطع، وأمَّا حكمًا فبأن يكون امتناع الرد لحلق البائع، أو لحق الشارع، أمَّا حق البائع فكما إذا تعيب المبيع عند المشتيري، وأمَّا حق الشارع فكما إذا خاط المبيع بأن كان ثوبًا ثمَّ وجد به عيبًا، فالوصف متى صار مقصودًا بأحد هذين يأخذ قسطًا من الثمن، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: كَالْأَطْرَافِ فِي الحَيَوَانِ، حتى أنه إذا اشترى جاريةً فأعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص شيء من الثمن، وكذلك إذا اشترى جارية فأعورت في يد المشتري، ثم أراد أن يبيعها مرابحة كان له ذلك بدون البيان، على ما يجيء في باب المرابحة والتولية إن شاء الله تعالى.

قوله: فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيبًا فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ، بأن باع عبدًا على أنه أعمى فوجده المشتري بصيرًا.

(وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَالْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ الوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ آخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ.

(وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الجَمِيعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ

قوله: بِعْتُكَهَا، أنَّث الضمير وذكر قبله لفظ الثوب على تأويل الثياب أو المذروعات؛ لأن لفظ عشرة أذرع دال عليها.

قوله: لِأَنَّ الوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ، فإن قيل: ففي المسألة الأولى أيضًا ينبغي أن يكون كل ذراع أصلًا بنفسه، وإن لم يقل فيه: كل ذراع بدرهم؛ لأنه إن لم يقل فيه: كل ذراع بدرهم، لكنه قابل عشرة أذرع بعشرة دراهم، فمقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد بالآحاد، فصار أيضًا هو بسبب المقابلة بمنزلة إفراد كل واحد من الذراع بذكر الثمن بمقابلته.

قلنا: الذرع أصل من وجه، من حيث أنه من أجزاء العين الذي هو مبيع كالقفيز، ووصف من وجه من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن كالجَمَال والكتابة، ثمَّ لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الأفراد عند ترك ذكر كل ذراع يلزم إلغاء جهة الوصفية من كل وجه، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالأصلية عند ذكره عملًا بالشبهتين.

قوله: فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ، فإن قلت: لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها أكثر من مائة ذراع كما في الثوب، فإنه لو قال: بعتك هذه الرزمة على أنَّها خمسون ثوبًا كل ثوب بعشرين درهمًا، فوجدها زائدة فالبيع فاسد، وكذا لو اشترى عدلًا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة، أو أحد عشر، فسد البيع عل ما يجيء، فقد ذكر في الكتاب هاهُنا: وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ، ولم يفسد البيع.

فَسَخَ الْبَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ تَلْزَمُهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنِ اشْتَرَى عَشَرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَازَ

قلتُ: الفرق بينهما ما بيَّنا هو أن الذرع وإن صار أصلًا بتسمية الثوب فهو وصف حقيقة كما ذكرنا، وصار أصلًا من وجه دون وجه، فمن حيث أنه أصل لا نسلِّم له الزيادة بغير عوض، ومن حيث أنه وصف يكون بعض الذرعان تابعًا للبعض فلا يفسد العقد، وأمَّا بعض الثياب لا يكون تبعًا للبعض، فيبقى المبيع مجهولًا بجهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن الثياب مختلفة، كذا في «الجامع الصغير» للإمام قاضي خان.

فإن قيل: الذراع لو كان أصلًا على تقدير الأفراد بذكر الثمن بقوله: كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد، كما إذا باع صبرة على أنَّها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشرة قفيزًا، لا تدخل الزيادة في العقد وقد جوز أخذ الجمع بحكم البيع في هذه المسألة بقوله: إِنْ شَاءَ أَخَذَ الجَمِيعَ.

قلنا: الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد؛ لأنه يصير بائعًا بعض الثوب وأنه لا يجوز، بخلاف الصبرة فإن الزيادة فيها لو لم تدخل لا يفسد العقد، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، أي: من وجه دون وجه؛ إذ لو كانت أصلًا من كل وجه لما دخلت، كما في مسألة الصبرة لو وجدها زائدة لا تدخل الزيادة، فكان الذرع هاهُنا أصلًا مع رعاية جانب الوصفية.

قوله: لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالمَشْرُوطِ، المشروط هو أن يكون كل ذراع بدرهم، وقالا: هو

فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لَهُمَا أَنَّ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ عُشْرُ الدَّارِ فَأَشْبَهَ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ، وَلَهُ أَنَّ الذِّرَاعَ اسْمٌ لِمَا يُذْرَعُ بِهِ، وَاسْتُعِيرَ لِمَا يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ

جائز، وفي شرح «الجامع الصغير»: وقالا: هو جائز إذا كانت الدار مائة ذراع.

وذكر الخصَّاف رحمه الله في هذه المسألة: أن فساد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله لجهالة جملة الذرعان، فأمَّا إذا عرفت مساحتها يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة، إن كان عدد جملة الشياة معلومًا يجوز عنده، وأمَّا إذا لم يكن معلومًا لا يجوز.

وذكر أبو زيد الشُّرُوطِيّ[1] رحمه الله في «شرحه»: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله البيع فاسد وإن علم ذرعان الجملة، وهو جواب «الجامع الصغير»، وهذا أصح ممَّا قاله الخصاف، كذا في «المغني».

وذكر في «الجامع الصغير» للإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: ولم يذكر هاهُنا ولا في البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرع من هذه الدار ولم يقل: من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما؟ فمن أصحابنا من يقول: ينبغي أن لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهمًا منها، والأصح أنه يجوز عندهما؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، فإنه يتمكن أن يذرع جميع الدار، حتى إذا كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرها، وإن كانت خمسين ذراعًا علم أن المبيع خمسها، بخلاف ما لو اشترى سهمًا منها ولم يقل من كذا كذا سهمًا؛ لأن تلك الجهالة تفضي إلى المنازعة ولا يمكن رفعها، فسهم من سهمين النصف، ومنهم من عشرة أسهم العشر، أمَّا في الذراع فإزالة الجهالة ممكنة.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الذِّرَاعَ اسْمٌ لِمَا يُذْرَعُ بِهِ، وهو الخشبة، وقد يستعار للممسوح مجازًا لحلول فعل الذرع فيه، والشائع لا يحله الذرع، فقبل الذرع محل العقد معلوم أو مجهول

(١) هو الإمام أبو زيد أحمد بن زيد الشُّرُوطي، ذكره أبو الفتح محمد بن إسحاق النديم فى كتابه «الفهرست» فى جملة أصحابنا، وقال له من الكتب: كتاب الوثائق، وكتاب الشُّرُوط الكبير، وَكتاب الشُّرُوط الصَّغير، وذكره السغناقي فى «شرحه» فى كتاب البيوع. انظر: «الجواهر المضية» (١/ ٦٨).

وَهُوَ الْمُعَيَّنُ دُونَ الْمَشَاعِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهْمِ.

فلا يجوز العقد، بخلاف السهم؛ لأنه اسم لجزءٍ شائعٍ فيجوز، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَهُوَ الْمُعَيَّنُ، أي: الذي وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول، أي: مجهول موضعه، ولا يعلم أن تلك العشرة الأذرع من الدار في الجانب الشرقي منها أو في الغربي، أو من صدر الدار أو أسفلها، والمبيع إذا كان معينًا مجهولًا لا يصح، كما إذا قال: بعتُ منك أحد هذين العبدين، والتعيين غير مناف للجهالة؛ لما أن التعين في أمر والجهالة في أمر آخر، فإن المراد من التعيين تعين العشرة؛ حيث لم يقل: بعتُ منك عشرة أذرع أو أحد عشر، بإدخال كلمة (أو)، فلم يكن المبيع معينًا حينئذٍ، وهاهُنا عيَّن العشرة فكان المبيع معينًا، والجهالة في أن تلك العشرة الأذرع في أيّ موضع من الدار تقع فلا تجوز للجهالة، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة.

بخلاف المشاع فإنه يجوز بيعه، وهو عشرة أسهم من مائة سهم وإن لم يعلم موضع المبيع هناك أيضًا؛ لما أن عشرة أسهم شائعة في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضي إلى المنازعة، فكان صاحب عشرة أسهم شريكًا لصاحب تسعين سهمًا في جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع لصاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه في أيِّ موضع كان، فلا يؤدي إلى المنازعة؛ وذلك لأن الذراع لمَّا استعير لما يحله وهو المراد هاهُنا، وما يحله الذراع لا يعلم فيكون مجهولًا جهالة تفضي إلى المنازعة، والمشاع لا يمكن إحلال الذراع فيه، فلا يمكن أن يجعل الذراع مجازًا عن السهم، فيبقى على جهالته فلا يجوز.

وقولهما: فأشبه عشرة أسهم غير مستقيم؛ لما أنَّ السهم اسم للشائع من غير أن أخذ المقدار قيدًا في مسماة، ألا ترى أن سهمًا من مائة سهم في مكان معين لا يساوي سهمًا من عشرة أسهم، وذراع من عشرة أذرع، وذراع من مائة ذراع سواء، إلى هذا أشير في «الفوائد الظهيريَّة».

ولو قال: بعتك ذراعًا من هذه الدار، إن عيَّن موضعه بأن قال: من هذا الجانب، إلا أنه لم يميزه بعد فالعقد ينعقد غير نافذ حتى لا يجبر البائع على التسليم، وإن لم يعين موضع الدار فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز أصلًا، وعلى قولهما يجوز وتذرع الدار، فإن

وَلا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ مِنْ جُمْلَةِ الذِّرَاعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَهُوَ الصَّحِيحُ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ، وَلَوِ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ البَيْعُ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ

كانت عشرة أذرع فإنه يصير شريكًا بمقدار عشر الدار، وإذا باع سهمًا من الدار ولم يعين موضعه، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه لا يجوز إجماعًا، وفي نسخة: ففيه اختلاف المشايخ على قولهما والأصح أنه يجوز، كذا في «المغني».

قوله: وَلا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ مِنْ جُمْلَةِ الذِّرَاعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، أي: لا فرق عند أبي حنيفة رضي الله عنه بين ما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار، وبين ما إذا قال: عشرة أذرع منها من مائة ذراع، فالخصاف يقول: إذا ذكر جملة ذرعان جميع الدار يجوز؛ لأنه يصير بمنزلة قوله: عشر الدار، فكان كعشرة أسهم حينئذٍ.

وقوله: لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ، متصل بقوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ.

عِدل الشيء: بالكسر مثله من جنسه، وفي المقدار أيضًا، ومنه عِدل الجمل.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَى عِدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ، أي: بعشرة دراهم أو نحوها؛ لأنه لو لم يذكر الثمن أصلًا لم يتوقف فساد البيع أصلًا إلى وجود المبيع زائدًا أو ناقصًا، بل يفسد وإن وجده كما سمَّاه.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله صورة المسألة بقوله: بعتك هذه الرزمة على أنَّها خمسون ثوبًا بألف، ولم يسمّ لكل ثوب ثمنًا.

قوله: فَسَدَ البَيْعُ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ - فيما إذا وجده زائدًا وهو أحد عشر - أَوِ الثَّمَنِ، أي: لجهالة الثمن فيما إذا وجده ناقصًا وهو تسعة، وإنما قلنا في الزيادة جهالة المبيع، وفي النقصان جهالة الثمن؛ لأنه لمَّا وُجد المبيع زائدًا عمَّا سماه لم يدخل الزيادة تحت البيع؛ لأن الذي دخل تحت البيع هو عشرة أثواب لا غير فيجب ردُّ الزيادة، وأنَّها مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة.

(وَلَوْ بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازَ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ بِقَدْرِهِ وَلَهُ الخِيَارُ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الزِّيَادَةِ) لِجَهَالَةِ العَشَرَةِ المَبِيعَةِ، وَقِيلَ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَجُوزُ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ أَيْضًا، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنَّهُمَا هِرَوِيَّانِ

وأمَّا إذا وجده ناقصًا فتسقط حصة النقصان عن ذمة المشتري، وتلك الحصة غير معلومة؛ لأن الكلام فيما إذا لم يُبين ثمن كل ثوب على حدة، والثوبُ من ذوات القيم، فكانت حصة الثوب الناقص مجهولًا لا محالة، وجهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن؛ لأن الثمن مجموعة فيلزم جهالة الثمن، أي: ثمن ما بقى من المبيع وهو تسعة أثواب.

وذكر في «الذخيرة»: وإن وجدها أنقص من ذلك إن لم يسم لكل ثوب ثمنًا فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول؛ لأن حصة الذاهب مجهولة، وجهالة حصَّة الذاهب توجب جهالة الباقي؛ وهذا لأنه إذا لم يسم لكل واحد ثمنًا فالثمن ينقسم باعتبار القيمة، ولا يُدرَى قيمة الذاهب بيقين؛ لأنه لا يَدري أنه كان جيدًا أو وسطًا أو رديئًا، فكان حصة الذاهب مجهولة.

قوله: وَلَوْ بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازَ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ بِقَدْرِهِ وَلَهُ الخِيَارُ، أي: إن شاء أخذ المشتري الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك؛ لأن الثمن معلوم، إلا أنه تغير عليه شرط عقده فكان له الخيار.

من المشايخ من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة، فكان قبول البيع في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود فيفسد العقد، كما لو جمع بين حرٍّ وعبدٍ في صفقةٍ واحدةٍ وسمَّى لكل واحد ثمنًا، عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز البيع في القنِّ، وعندهما يجوز فكذا هنا.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، وإليه مال الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله فقال: لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود، بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وأكثر مشايخنا على أنَّ ما ذكر في الكتاب أن البيع جائز في الثياب

فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرْوِيٌّ حَيْثُ لا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِنْ بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ القَبُولَ فِي المَرْوِيِّ شَرْطًا لِجَوَازِ العَقْدِ فِي الهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ وَلا قَبُولَ

الموجودة قولهما، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد في الكل؛ لأنَّ العقد فسدَ في البعض بمفسد مقارن وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد الباقي.

وقد ذكر محمد رحمه الله مسألة في «الجامع الصغير» تدل على هذا، وصورتها: رجل اشترى ثوبين على أنَّهما هرويان كل ثوب بعشرة دراهم، فإذا أحدهما هرَويّ والآخر مرويّ، ذكر أن البيع فاسد في الهرويِّ والمرويِّ جميعًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز في الهرويِّ، والفائت في مسألة «الجامع الصغير» الصفقة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفقة في أحد البدلين يُوجب فساد العقد في الكل على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل لأن يوجب فساد العقد في الكل عنده أوْلَى، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله فقال: الصحيح عندي أن على قول أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد في الكل.

قوله: فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرْوِيٌّ، بسكون الراء يقال: ثوب هرَوي بالتحريك، ومرْوي بالسكون، منسوب إلى هِرَات ومَرْو، وهما قريتان معروفتان بخراسان.

وعن شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله: هما على شطِّ الفرات، كذا في «المغرب».

وما ذكر في «الأنساب السمعانية» يدل على أن قولهم: ثوب مرْوي، ليس بنسبة إلى مَرْو بخراسان، فإن النسبة إليها مَروزي، فقال: المَرْوَزي بفتح الميم والواو وبينهما الراء الساكنة، وفي آخرها الزاي، هذه النسبة إلى مَرْو الشاه خان، يعني الشاه خان موضع الملوك ومستقرهم، ثم قال: وكان إلحاق الزاي في هذه التسمية فيما أظنّ للفرق بين التسمية إلى المَرْوي، وهي الثياب المشهورة بالعراق منسوبة إلى قرية بالكوفة، ثم قال: المَرَوي، بفتح الميم والراء هذه النسبة إلى مَرَوة، وهي مدينة بالحجاز بناحية وادي القرى.

قوله: وَلا قَبُولَ، مبني على الفتح على نفي الجنس.

يُشْتَرَطُ فِي المَعْدُومِ فَافْتَرَقَا.

(وَلَوِ اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَإِذَا هُوَ عَشَرَةٌ وَنِصْفٌ أَوْ تِسْعَةٌ وَنِصْفٌ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يَأْخُذُهُ بِعَشَرَةٍ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَأْخُذُهُ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ يَأْخُذُهُ بِأَحَدَ عَشَرَ إِنْ شَاءَ، وَفِي الثَّانِي يَأْخُذُ بِعَشَرَةٍ إِنْ شَاءَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَأْخُذُ فِي الأَوَّلِ بِعَشَرَةٍ

وذكر في «المبسوط» في أول باب البيوع الفاسدة، فقال: وأكثر مشايخنا يقولون: هذا الجوابُ قولهما، فأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد كله؛ لأنه فسد بعضه بفساد قويٍّ؛ إذ لا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه، واستدلوا عليه بما ذكر في «الزيادات»، وهي مسألة الثوبين الهرويَّين.

ثم قال رحمه الله: والأصح عندي أن هذا قولهم جميعًا؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسألة إنما يفسد فيه العقد في الكل؛ لوجود العلة المفسدة، وهي أنه جعل قبول العقد في ما يفسد فيه العقد شرطًا في قبوله في الآخر، وهذا لا يوجد هاهُنا، فإنه ما شرطَ قبول العقد في المعدوم، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد، بخلاف مسألة «الزيادات»، فإن هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطًا لقبوله في الآخر، وهو شرطٌ فاسدٌ.

وحاصل الفرق بينهما هو أن الشيئين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد، كان قبول كل واحد منهما شرطًا لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف، فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطًا فاسدًا في الآخر، فبالنظر إلى وجود ذلك الشيء كان شرطًا، وبالنظر إلى انعدام ذلك الوصف كان فاسدًا، وأمَّا إذا كان أحدهما معدومًا بذاته ووصفه، لم يكن هو داخلًا في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطًا لصحة العقد في الآخر؛ لأنه معدوم فلا يتصور القبول في المعدوم بل يجعل ذلك غلطًا، فلمَّا لم يجعل ذلك شرطًا لم يفسد العقد في الآخر.

وَنِصْفٍ إِنْ شَاءَ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنِصْفٍ وَيُخَيَّرُ)؛ لِأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرْهَمِ مُقَابَلَةُ نِصْفِهِ بِنِصْفِهِ فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُهَا، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِبَدَلٍ نَزَلَ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ عَلَى حِدَةٍ وَقَدِ انْتَقَصَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الأَصْلِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ المِقْدَارِ بِالشَّرْطِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ، فَعِنْدَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكْمُ إِلَى الأَصْلِ.

قوله: وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنِصْفٍ وَيُخَيَّرُ، من التخيير، وإنما يثبت له الخيار في الوجهين عند محمد رحمه الله؛ لئلا يلزم عليه من اختياره زيادة الثمن كما في الوجه الأول، أو نقصان المبيع كما في الوجه الثاني.

قوله: فَيَجْرِي عَلَيْهِ، أي: فيجري على النصف حكم المقابلة، وحكم المقابلة في النصف أنه إذا وجد المشتري عشرة أذرع ونصفًا يجب عليه من الدراهم عشرة دراهم ونصف درهم، فكذلك في صورة النقصان يجب عليه تسعة دراهم ونصف درهم.

وفي بعض النسخ: فَيَجْزَأُ عَلَيْهِ، من التجزئة وهو ظاهر، فنزل كل ذراع منزل ثوب، والثوب إذا بيع بأنه كذا كذا ذراعًا فوجده أنقص، لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار، فكذلك هاهُنا.

قوله: فَعِنْدَ عَدَمِهِ، أي: عدم الذراع كاملًا عاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف، فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة، والتسعة بمنزلة التسعة الجيدة، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وما قاله أبو حنيفة رحمه الله أصح؛ لأن الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مرّ، وإنما يعتبر أصلًا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيَّدة بالذراع، فإذا عدم الذراع لم يثبت جهة الإصالة فبقيت العبرة لكونها صفةً، فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة، فيسلم له من غير ثمن، وصار نقصان نصف ذراع بمنزلة تسعة أذرع جيدة فيتخير.

وَقِيلَ فِي الكِرْبَاسِ الَّذِي لا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ لا يَطِيبُ لِلْمُشْتَرِي مَا زَادَ عَلَى المَشْرُوطِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَوْزُونِ حَيْثُ لا يَضُرُّهُ الفَصْلُ، وَعَلَى هَذَا قَالُوا: يَجُوزُ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْهُ.

وأمَّا الجواب عن قول محمد رحمه الله بأن الدراهم لمَّا قوبل بالذاراع كان نصف الدراهم مقابلًا بنصف الذراع ضرورة، فإنا نقول: كون الذراع بمنزلة العين ليس بأصل، بل هو صار أصلًا باعتبار الإفراد بمقابلة الإفراد، فاسم الدراهم لا يقع لما دون الدرهم وكذلك الذراع، فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الإفراد وهو الدرهم، فلمَّا انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراعُ إلى أصله وهو الصفة، وهذا هو الجواب أيضًا عن قول أبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ فِي الكِرْبَاسِ الَّذِي لا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ، إلى آخره، أي: هذه الأقوال الثلاثة من العلماء الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص، والسراويل، والعمائم، والأقبية.

أمَّا إذا اشترى كرباسًا لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر لا يسلم له الزيادة؛ لأن هذا الكرباس في معنى الموزون والمكيل وإن كان متصلًا بعضه ببعض، لكن ليس في الفصل ضرر صار كالموزون، فلا يتمكن فيه العيب بسبب تميز البعض عن البعض، اعتبر كل قفيز أصلًا، فكذا هاهُنا، وعلى هذا إذا باع ذراعًا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز، كما في الحنطة إذا باع قفيزًا منها، كذا في «الذخيرة».

الكِرْبَاسُ: بكسر الكاف فارسي معرب، والجمع الكرابيس.

قوله: حَيْثُ لا يَضُرُّهُ الفَصْلُ، بالصاد المهملة، أي: القطع والتميز، كما لا يضر الصبرة تميز القفيز منها، والله أعلم بالصواب.

(فَصْلٌ)

(وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ، لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ) وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالَ قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ (وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا دَخَلَ

فصلٌ

لمَّا ذكر ما ينعقد به البيع، وما لا ينعقد، وما يلحقهما، ذكر في هذا الفصل ما يدخل في البيع باسم الجملة، وما لا يدخل، وما يلحقهما.

قوله: لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ - جميعًا - فِي الْعُرْفِ، فإن قيل: يشكل على هذا مسألة اليمين؛ فإن هناك لم يجعل اسم الدار متناولًا للبناء، حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعدما انهدمت يحنث، فلو كان اسم الدار متناولًا للعرصة والبناء لَمَا حَنِث بعد ارتفاع البناء؛ لأن الكل ينتفي بانتفاء الجزء مع أن الأيمان مبنية على العرف، فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا.

قلنا: قد ذكرنا جوابه هناك، وهو أن البناء وصف للدار فيقال: دار معمورة، ودار غير معمورة، والوصف إذا كان داعيًا إلى اليمين يتقيد بذلك الوصف، كما إذا حلف: لا يأكل هذا البُسر، فأكله بعدما صار رطبًا لا يحنث، وإذا لم يكن داعيًا لا يتقيد به كما إذا حلف: لا يأكل لحم هذا الحَمل، فأكل لحمه بعدما صار كبشًا يحنث، والبناء كذلك ليس بداع إلى اليمين بل هو داع إلى الدخول، فلم يتقيد الدار إذا كانت حاضرة بوصف البناء كذلك، فيحنث بالدخول بعد الانهدام.

واعلم أن هاهنا ثلاث مسائل: (١) مسألة بيع الدار (٢) ومسألة بيع المنزل (٣) ومسألة

مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْقَرَارِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ) لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْفَصْلِ فَشَابَهَ الْمَتَاعَ الَّذِي فِيهَا (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)

بيع البيت، فتجيء هذه المسائل بباب على حدة إن شاء الله تعالى.

قوله: لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْفَصْلِ، أي: لأن الذرع متصل بالأرض على تأويل المكان للفصل، فكذلك لَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ.

فإن قيل: يشكل على هذا بيع جارية ولها حمل في بطنها، أو بقرة أو شاة لهما ولد في بطنهما، يدخل في البيع وإن كان اتصاله بالأم للفصل لا محالة، وبين الولد في البطن وبين الذرع في الأرض مناسبة قويَّة؛ لقوله تعالى: ﴿فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، فكيف دخل هناك الولد ولم يدخل الزرع هاهُنا، مع وجود المعنى الجامع بينهما وهو الاتصال للفصل، ووجود المناسبة بين الزرع والولد.

قلنا: لمَّا لم يقدر غيرُ الله تعالى علي فصل الولد من أمِّه، ووجد المجانسة بينه وبين أمه نزل ذلك منزلة الجزء من أمِّه، فلم يعتبر انفصاله في ثانِي الحال؛ لوجود معنى الجزئية في الحال من كل وجه، ولعدم إمكان البائع من فصله.

وأمَّا الزرع والشجر فليسا من جنس الأرض وهو ظاهر، فلم يمكن اعتبار معنى الجزئية حتى يصلح تبعًا لها، فبعد ذلك تنظر: إن كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلًا في الحال وفي ثانِي الحال، فيدخل بطريق التبعية لا بطريق الجنسية، وإن كان اتصاله للفصل في ثانِي الحال كما في الزرع، يجعل منفصلًا في الحال فلا يدخل كالسَّلاليم المنفصلة.

قوله: وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وهو أن يقول المبتاع وهو المشتري: اشتريتُ هذا الشجر مع ثمره.

وفي «الذخيرة»: إذا باع شجرًا وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك جاز، وعلى البائع قطع الثمر من ساعته؛ لأن المشتري تملك الشجرة، فيجبر البائع على تسليمها فارغة، وكذا لو

لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» وَلِأَنَّ الِاتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خِلْقَةً فَهُوَ لِلْقَطْعِ لا لِلْبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرْعِ (وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ اقْطَعْهَا وَسَلِّمِ الْمَبِيعَ) وَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهَا زَرْعٌ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ عَلَيْهِ تَفْرِيغُهُ وَتَسْلِيمُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُتْرَكُ حَتَّى يَظْهَرَ صَلَاحُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدُ الزَّرْعُ؛ لِأَنَّ

أوصى بنخلة لرجل وعليها ثمر ثمَّ مات الموصي أجبر الورثة على قطع البُسر وهو المختار.

وفي «شرح الطحاوي»: إذا اشترى الرجل شجرة أو نخلة فإنه لا يخلو: إمَّا أن يكون الثمر موجودًا وقت الشراء أو أثمر بعد الشراء، أمَّا إذا كان الثمر موجودًا وقت الشراء فالثمر لا يدخل في العقد إلا بالشرط، سواء اشترى الشجرة وحدها أو مع الأرض، وعلى البائع أن يقلع ثمرته من شجر المشتري، وليس له تركها إلى جذاذها ولا إلى غيره، فإن تركها إلى وقت الإدراك على الشجرة فإنه ينظر: إن تركها بإذن المشتري كان له الفضل، وإن تركها بغير إذن المشتري فإنه ينظر: إن تناهى عِظَمُها ولم يبق إلا النضج فتركها حتى نضجت يطيب له ذلك؛ لأنه لم توجد الزيادة في الكيل أو الوزن، وإن كانت صغارًا لم يتناه عِظَمُها فتركها بعد إذن المشتري فإنه لا يتطيبُ له الفضل.

ولو استأجر البائعُ من المشتري النخيل أو الشجر ليترك الثمار وتركها حتى أدركت، فإنه لا يجبُ الأجرة ويطيبُ له الفضل؛ لأن جواز الإجارة بالاستحسان لتعامل الناس، ولا تعامل للناس في استئجار الأشجار لترك الثمار عليها، فلم تكن إجارة جائزة ولا فاسدة ويطيب له الفضل؛ لأن الترك حصل بإذن المشتري، وأمَّا إذا اشتراه والثمر غير موجود ثمَّ أثمر بعد الشراء قبل القبض فالثمر للمشتري؛ لأنه نماء ملكه فهو لمالكه، فإن هلك بآفة سماوية قبل التسليم لا يطرح من الثمن شيء، وصار كأنه لم يكن ولا خيار للمشتري، فإن أكله البائع طرح حصته من الثمن ولا خيار له في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما له الخيار إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وإن شاء ترك، كما إذا كان الثمر موجودًا وقت

الوَاجِبَ إِنَّمَا هُوَ التَّسْلِيمُ المُعْتَادُ، وَالمُعْتَادُ أَنْ لَا يُقْطَعَ كَذَلِكَ وَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ وَفِي الأَرْضِ زَرْعٌ، قُلْنَا: هُنَاكَ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّى يُتْرَكَ بِأَجْرٍ، وَتَسْلِيمُ العِوَضِ كَتَسْلِيمِ المُعَوَّضِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ وَيَكُونُ فِي الحَالَيْنِ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فَلا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الشَّجَرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَأَمَّا إِذَا بِيعَتِ الأَرْضُ وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ بَعْدُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالمَتَاعِ.

وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ قَبْلَ أَنْ تَنَالَهُ المَشَافِرُ وَالمَنَاجِلُ، وَلا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الحُقُوقِ وَالمَرَافِقِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا، وَلَوْ قَالَ: بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ

العقد فأكله البائع أن له الخيار بالإجماع، هذا إذا لم ينقص من المبيع شيء، فأمَّا إذا أنقص فله الخيار بالإجماع.

قوله: وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ تَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ فَقَدْ قِيلَ لا يَدْخُلُ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ يَدْخُلُ فِيهِ، وفي «شرح القدوري»، و«شرح القاضي الإمام الاسبيجابي» رحمهما الله: أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد، أو نبتَ وصار له قيمة، أمَّا إذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل، وقيل: لا يدخل، والأول أصح.

وفي «فتاوي الفضلي»: إذا باع أرضًا فيها زرع لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع، والمشتري متطوع فيما فعل، وكذلك إذا نبتَ ولم يتقوم بعد، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله أنه لا يدخل في البيع، ويكون للبائع على كل حال إلا إذا بيع مع الأرض إمَّا نصًّا أو دلالةً، كذا في «الذخيرة».

مشفر البعير: شفته والجمع المشافر، والمنجل: ما يحصد به الزرع، والجمع المناجل.

هُوَ لَهُ فِيهَا، وَمِنْهَا مِنْ حُقُوقِهَا، أَوْ قَالَ مِنْ مَرَافِقِهَا لَمْ يَدْخُلَا فِيهِ لِمَا قُلْنَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَا فِيهِ، وَأَمَّا الثَّمَرُ المَجْذُوذُ وَالزَّرْعُ المَحْصُودُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المَتَاعِ لا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا أَوْ قَدْ بَدَا جَازَ البَيْعُ)؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، إِمَّا

قوله: لَمْ يَدْخُلَا، أي: الزرع والثمر، لِمَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَا فِيهِ، ومعنى هذا الكلام أن الأرض إذا بيعت وفيها زرع وعلى الأشجار ثمر، لو قال البائع وقت بيع الأرض: بعتُ هذه الأرض بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها، ولم يقل مع ذلك: من حقوقها، أو لم يقل: من مرافقها دخل الزرع والثمر، وأمَّا إذا زاد على ذلك وقال: من حقوقها، أو قال: من مرافقها لم يدخل الزرع والثمر.

وقال في «الذخيرة»: وإن ذكر في بيع الأرض الحقوق والمرافق لا يدخل الزرع والثمار؛ لأنَّهما ليسا من جملة حقوق الأرض ومرافقها، وإن قال بعتُها بكل قليل وكثير هو منها أو فيها إن قال: في أثرها من حقوقها، أو قال: من مرافقها فالثمار والزرع لا يدخلان، وإن لم يقل في آخرها: من حقوقها ومرافقها، يدخلان في البيع.

وكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» في باب الشفعة في الأرضين والأنهار من كتاب الشفعة: وحاصل ذلك أن الألفاظ ثلاثة، باع أرضًا مطلقًا من غير ذكر شيءٍ معها، أو باع أرضًا بكل قليل أو كثير من حقوقها أو مرافقها، ففي هذين الوجهين لا يدخل الزرع والثمر، وفي الوجه الثالث وهو ما إذا باعها بكل قليل وكثير منها أو فيها يدخل الزرع والثمر.

قوله: وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا، إلى آخره، اعلم أن بيع الثمار على الأشجار على وجهين:

الأول: أن يبيعها قبل الطلوع، أي: قبل الظهور، وفي هذا الوجه لا يجوز البيع.

لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الحَالِ،

والوجه الثانِي: أن يبيعها بعد الطلوع، وأنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيعها قبل أن يصير منتفعًا بِها، بأن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب، وفي هذا الوجه اختلاف المشايخ.

ذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام خواهرزاده رحمهما الله: أنه لا يجوز، وذكر الشيخ أبو الحسن القدوري في «شرحه»، والقاضي الإسبيجابي رحمهما الله: أنه يجوز، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج.

وفي «الجامع» في كتاب الإجارات: وهو الصحيح، والحيلة في ذلك حتى يجوز هذا البيع على قول الكل أن يبيعه مع أوراقه بأن يبيع الكمثرى في أول ما يخرج من ورده مع أوراقه، فيجوز البيع في الكمثرى تبعًا للبيع في الأوراق، ويجعل كأنه ورق كله حتى يجوز البيع.

والوجه الثانِي: هو إذا باعه بعدما صار منتفعًا به إلا أنه لم يتناه عظمه، وفي هذا الوجه البيع جائز إذا باع مطلقًا أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع شرط فيه ما لا يقتضيه البيع ولأحد العاقدين فيه منفعة؛ لأن المشتري شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع، ثمَّ إذا جاز البيع إذا باع مطلقًا أو بشرط القطع إذا ترك المشتري حتى أدرك هل يطيب له الزيادة إن ترك بإذن البائع، أو استأجر منه الأشجار يطيب له الزيادة، وإلا فلا؛ لأن الزيادة إنما استفادها المشتري من مال البائع بإذنه فيطيب له ذلك.

والوجه الثالث: إذا باعه بعدما تناهي عظمه، ولا شكَّ أن البيع يجوز في هذا الوجه إذا باعه مطلقًا، أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك فالقياس أن لا يجوز، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله، وفي الاستحسان يجوز، وبه أخذ محمد رحمه الله فقال: إن شرط الترك لو أوجبَ فساد العقد في هذه الصورة، إما أن يوجب من حيث أنه بيع شرط فيه إجارة أو إعارة، ولا وجه إليه؛ لأن إجارة النخل وإعارته لا تتحقق، فكان منتفعًا من مال البائع بإذنه فيجوز، وأمَّا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان: إن كانت لا يثبت بهذا الشرط إجارة

....

أو إعارة أو زيادة مال من مال البائع سوى المبيع، لكن يحصل للبائع زيادة جودة وطراوة، للمشتري فيه منفعة، والبيع لا يقتضي هذا، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

وإذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف، ويقال بالفارسية: بَرْ بَاغ، وبعض الثمار قد خرجَ، وبعضها لم يخرج بعد، هل يجوز هذا البيع؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وكان شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، وكان يزعم أنه مرويٌّ عن أصحابنا، وهكذا حُكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يفتي بجواز هذا البيع، وكان يقول: اجعل الموجود أصلًا في هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعًا، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر.

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح عندي أنه لا يجوز؛ لأن المصير إلى هذا الطريق إنما يكون عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هاهُنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع أصول هذه الأشياء مع ما فيها من الثمرة، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، وإن كان البائع لا يعجبه بيع الأشجار فالمشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويحل له البائع الانتفاع بما يحدث، فيحصل مقصودهما بِهذه الطريق، ولا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم.

وحيلة أخرى: أن يشتري أشجار البطيخ والباذنجان ببعض الثمن، ويستأجر الأرض ببعض الثمن مدَّةً معلومة لتملك ما يحدث منه؛ وليتمكن من إبقاء الأشجار، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر في «المبسوط»: وشرى الثمار قبل أن يصير منتفعًا بِها لا يجوز؛ لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم، أو علف الدواب، فهو ليس بمال متقوم، فإن كان منتفعًا به ولكن لم يبد صلاحها بعد بأن كان لا يؤمن من العاهة والفساد عليه، فاشتراه بشرط القطع يجوز، وإن اشتراه بشرط الترك لا يجوز، وإن اشتراه مطلقًا يجوز عندنا؛ لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال، فهو وشرط القطع سواء.

وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع

أَوْ فِي الثَّانِي، وَقَدْ قِيلَ: لا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهَا وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (وَعَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الحَالِ) تَفْرِيغًا لِمِلْكِ البَائِعِ، وَهَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا، أَوْ بِشَرْطِ القَطْعِ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى النَّخِيلِ فَسَدَ البَيْعُ)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَهُوَ شَغْلُ مِلْكِ الغَيْرِ أَوْ هُوَ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ، وَكَذَا بَيْعُ الزَّرْعِ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا قُلْنَا، وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عَظَمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا قُلْنَا، وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ الجُزْءَ المَعْدُومُ، وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنَى مِّنَ الأَرْضِ أَوِ الشَّجَرِ، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ البَائِعِ طَابَ لَهُ الفَضْلُ،

الثمار حتى يبدو صلاحها، أو حتى يزهي، يقال: زهى البُسر وأزهى، أحمر وأصفر، وروي: أو قال: حتى يأمن العاهة، وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك، أو المراد به النهيُ عن بيعها سلمًا، بدليل قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أرأيتَ لو أذهب الله الثمرة بِمَ يستحل أحدكم مال أخيه؟»، وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها، فأمَّا إذا اشتراها بعد ما بدا صلاحُها إلا أنَّها لم تدرك بعد بشرط القطع فجاز، وكذلك مطلقًا، ويُؤمر بأن يقطعها في الحال عندنا لمقتضى مطلق العقد، وعند الشافعي رحمه الله يتركها إلى وقت الإدراك؛ لأنه هو المتعارف بين الناس.

قوله: أَوْ فِي الثَّانِي، أي: في الزمان الثاني، فإن البيع في مثله يجوز كما في بيع الجحش والمهر.

قوله: وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ؛ لأنه لو شرط ترك الثمار على النخيل فلا يخلو: إما أن يذكر لها الأجر أو لم يذكر، فإن ذكر فهو إجارة، وإلا فهو إعارة.

قوله: وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ لِلْعَادَةِ، أي: أجاز محمدًا شراء الثمرة إذا تناهى عظمها بشرط الترك استحسانًا، لتعارُف الناس به.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا، أي: لو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها من غير شرط

وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ، وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَمَا تَنَاهَى عِظَمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ لا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَدِ اسْتَأْجَرَ النَّخِيلَ إِلَى وَقْتِ الإِدْرَاكِ طَابَ لَهُ الفَضْلُ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالحَاجَةِ فَبَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لا يَطِيبُ لَهُ الفَضْلُ؛

الترك، وتركها تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوِّم ذلك قبل الإدراك ويقوِّم بعد الإدراك، فيتصدق بما زاد من قيمته إلى وقت الإدراك ولكن من وقت البيع؛ لأن الزيادة حصلت بقوة الأرض المغصوبة.

قوله: لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ، أي: من النيء إلى النضج لا يتحقق زيادة في الجسم؛ لأن الكلام فيما إذا تناهى عظمها.

قوله: لِعَدَمِ التَّعَارُفِ؛ - لأن التعارف لم يجز فيما بين الناس باستئجار الأشجار - وَالحَاجَةِ، أي: ولعدم الحاجة؛ لأن الحاجة إلى ترك الثمار على النخيل إنما تتعين إن لو لم يكن له مخلص سوى الاستئجار، وهاهُنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها، فيتركها على الأشجار على ما ذكرنا، فلا يجوز له الاستئجار الذي هو غير متعارف.

قوله: فَبَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا، فيطيب له الفضل.

فإن قيل: لا نسلِّم بقاء الإذن، فإن الإذن إنَّما كان يثبت في ضمن الإجارة، فلمَّا بطلت الإجارة التي هي المتضمِّنة بطل الإذن المبني عليها؛ لما أن بطلان المتضمِّن يوجب بطلان المتضمَّن، كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل الوكالة عند بطلان الرهن.

قلنا: الحال لا يخلو: إمَّا أن كان رب النخيل عالِمًا ببطلان الإجارة أو لم يكن، فإن كان فظاهر؛ لأن الإذن حينئذٍ كان منفردًا عن الإجارة فصار كأنه لم يكن فيه إجارة أصلًا، وإن لم يكن عالِمًا نزل عالِمًا؛ لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر، فكان الإذن منفردًا

لِأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خُبْثًا، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ القَبْضِ فَسَدَ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ المَبِيعِ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، وَلَوْ أَثْمَرَتْ بَعْدَ القَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلاخْتِلَاطِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي البَاذِنْجَانِ وَالبِطِّيخِ، وَالمَخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الأُصُولَ لِتَحْصُلَ الزِّيَادَةُ عَلَى مِلْكِهِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) خِلَافًا لِمَالِكٍ

عن الإجارة تقديرًا.

قوله: فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ، أي: لجهالة وقت إدراك الثمار.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا، أي: ولو اشترى الثمار مطلقًا عن قيد شرط الترك على النخيل.

قوله: لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ، أي: لتعذر التمييز بين الثمر الذي قد خرج بعد البيع وبين الثمر الذي كان خارجًا قبل البيع.

قوله: لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، فيكون الظاهرُ شاهدًا له فلذلك كان القول قوله كما في سائر الأملاك.

قوله: وَلا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً، أطلق الرواية ولم يقيّد بأن البيع في التمر على رؤوس النخيل، أو في تمر مجذوذ، وما ذكر في «شرح الطحاوي» يدل على أن الحكم فيهما سواء فقال: وهاهُنا إذا باع التمر على رؤوس النخيل إلا صاعًا منها يجوز البيع؛ لأن المستثنى معلوم كما إذا كان التمر مجذوذًا موضوعًا على الأرض، فباع الكل إلا صاعًا يجوز.

وروى الحسن بن زياد أنه لا يجوز كما قال الطحاوي في الكتاب، كذا في «شرح الطحاوي»، فكان ما ذكره أولًا في الكتاب بأنه لا يجوز كان على رواية الحسن ابن زياد، ورواية الحسن ابن زياد راجعة إلى الصورتين في «شرح الطحاوي».

- رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ البَاقِيَ بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَ وَاسْتَثْنَى نَخْلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا

قوله: لِأَنَّ البَاقِيَ بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ، فيفسد.

فإن قيل: نعم إنه مجهول، ولكن مجهول بجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن الكلام فيما إذا تراضيا على ذلك على أيّ مقدار بقي، وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا تفسد البيع، كما لو باع قفيزًا من هذه الصبرة.

قلنا: يحتمل أن لا تكون الثمرة إلا على قدر المستثنى، فيخلو العقد عن الفائدة، فلا يصح، كما لا يصح مثل هذا في المضاربة لهذا المعنى، فكذا هاهُنا.

قوله: لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، فكذلك في العكس ينعكس الحكم، فإن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه من العقد كما هو المذكور في الكتاب، والمعنى فيه هو أن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودًا معلومًا، حتى أن استثناء الصفقة من الموصوف لا يصح؛ لأن الصفقة تدل على التبعية والاستثناء يدل على أنه مقصود، وبينهما تناف فلا يصح، وكذلك لو استثنى شيئًا مجهولًا لا يصح في البيع؛ لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه، وكذلك إفراد العقد عليه يدل على أنه هو المقصود المعلوم، والاستثناء تصرف في اللفظ، وما كان داخلًا تحت اللفظ كان مقصودًا فيصح استثناؤه، وما يدخل في اللفظ على طريق التبعية لا يصح استثناؤه كأطراف الحيوان، فإنَّها تدخل عند ذكر الحيوان تبعًا فلا يصح استثناؤها.

وذكر في «الإيضاح»: لأن الاستثناء استخراج من الكلام كما لو قال: بعتُ منك هذه الصبرة إلا قفيزًا منها بدرهم، فالبيع جائز في جميع الصبرة إلا في قفيز؛ لأنه استثنى ما يجوز إفراد العقد عليه؛ لأنه لو باع قفيزًا من الصبرة يجوز، وبمثله لو قال: بعتُ منك هذا القطيع

اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الحِمْلِ وَأَطْرَافِ الحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ) وَكَذَا الأُرْزُ وَالسِّمْسِمُ،

من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم لا يجوز؛ لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه؛ لأنه لو باع شاة من الجملة بغير عينها بمائة درهم فالبيعُ فاسد.

ولو قال: بعتُ منك هذا القطيع إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم، فالبيع جائز؛ لأنه استثنى ما يجوز إفرادُ العقد عليه، وكذلك الحكم في جميع العددي المتفاوت، مثل الثياب، والحيوان، والعبيد، بخلاف الكيلي، والوزني، والعددي المتقارب، فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد على ذلك القدر فيها جائز؛ لعدم أداء الجهالة إلى المنازعة.

فإن قلتَ: ما الفرق بين ما إذا قال الرجل: بعتُ منك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز على ما ذكرتُ فيه من رواية «شرح الطحاوي»، وبين ما إذا قال: بعتُ منك هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز، وفي هذه الصورة استثنى الشاة المعينة من القطيع معنًى أيضًا، ومع ذلك لا يجوز.

قلتُ: أصل هذا الفرق راجع إلى ما ذكرنا من أن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودًا؛ وذلك لأن الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا، فكانت الشاة المعينة في الاستثناء الحقيقي غير داخلة في البيع من الابتداء على ما هو الأصل، بخلاف قوله: على أن لي هذه الشاة الواحدة المعينة، فإنَّها دخلت أولًا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة، فيفسد البيع في الكل.

ونظير هذا ما لو قال: بعتُ منك هذا العبد إلا عُشره أنه يصح في تسعة أعشاره، ولو قال: بعتُه بكذا على أن لي عُشره لم يصح لهذا المعنى، إلى هذا أشار في بيوع «الخصائل» لنجم الدين رحمه الله.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه، أو باع نوى تمر في تمر بعينه حيث لا يجوز هناك، مع أن كلها سواء في أن المبيع موجود في غلاف.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ بَيْعُ البَاقِلاءِ الأَخْضَرِ، وَكَذَا الجَوْزُ وَاللَّوْزُ وَالفُسْتُقُ فِي قِشْرِهِ الأَوَّلِ عِنْدَهُ، وَلَهُ فِي بَيْعِ السُّنْبُلَةِ قَوْلانِ، وَعِنْدَنَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ، لَهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ، وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يُزْهِيَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ»؛ وَلِأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي سُنْبُلِهِ كَالشَّعِيرِ، وَالجَامِعُ كَوْنُهُ مَالًا مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ تُرَابِ الصَّاغَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، حَتَّى لَوْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَازَ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ لا يَجُوزُ أَيْضًا لِشُبْهَةِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ لا يَدْرِي قَدْرَ مَا فِي السَّنَابِلِ (وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ فِي البَيْعِ مَفَاتِيحُ إِغْلَاقِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الإِغْلَاقُ؛ لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا

قلتُ: أشار أبو يوسف رحمه الله إلى الفرق بينهما وقال: لأن الغالب في السنبلة الحنطة، ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا تقول: هذا حب وهو في القطن، وإنما تقول: هذا قطن وكذلك في التمر، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «شرح الطحاوي»: الأصل أنه إذا باع شيئًا وهو في غلافه قبل الإزالة فإنه لا يجوز، إلا الحنطة في سنبلها، أو سائر الحبوب في سنابلها، والذهب في ترابه، أو الفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن، كما لو باع لبنًا في الضرع، أو لحمًا في الشاة، أو شحمها، أو إليتها، أو كارعها، أو جلودها، أو باع دقيقًا في هذه الحنطة، أو زيتًا في هذا الزيتون، أو دهنًا في هذا السمسم، أو عصيرًا في العنب من الأشياء التي في خلقتها من حيث لا يمكن أخذها وقبضها إلا بإفساد الخلقة، فلا يجوز البيع فيها.

الأَغْلَاقُ: جمع الغَلَق بالتحريك وهو المِغْلَاق وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ، بخلاف الزرع فإنه لا يدخل في بيع الأرض؛ لأنه ليس للبقاء.

لِلْبَقَاءِ وَالمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الغَلْقِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضٍ مِنْهُ إِذْ لا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ الكَيَّالِ وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) أَمَّا الكَيْلُ فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّسْلِيمِ وَهُوَ

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضٍ مِنْهُ، أي: لأن المفتاح بمنزلة بعض من الغلق؛ إذ لا ينتفع بالغلق بدون المفتاح، فلذلك يدخل المفتاح وإن كان منفصلًا من الغلق ضرورة دخول الغلق.

فإن قيل: لا يصح الاستدلال على دخول المفاتيح بعدم الانتفاع بالغلق بدون المفتاح؛ لما أنَّ الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق، ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار.

قلنا: شراء الدار قد يكون مقصودًا بدون الطريق؛ لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة، وأمَّا المِغلاق فلا يكون مقصودًا للمشتري منفردًا عن الدار، بل يدخل الغلق مع ما يتبعه بطريق التبعية للدار فيدخل بدون الذكر، كما إذا استاجر دارًا يدخل الطريق بدون الذكر؛ لأنه ليس في استئجار الدار مقصود سوى الانتفاع بها، ولا يتمكن من الانتفاع بالدار إلا بالطريق، فيدخل الطريق هناك بدون الذكر، فكذا يدخل الغلق مع المفتاح بدون الذكر هنا.

وذكر في «الذخيرة»: فالأصل أن ما كان في الدار من البناء وما كان متصلًا بالبناء يدخل في بيع الدار من غير ذكر بطريق التبعية، وما لا يكون متصلًا بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر، إلا إذا كان شيئًا جرى العرف فيه فيما بين الناس أن البائع لا يضمن به ولا يمنعه عن المشتري، فحينئذٍ يدخل وإن لم يذكره في البيع، وعن هذا قلنا: إن الغلق وفارسيَّته (كليدان) يدخل في البيع من غير ذكر؛ لكونه متصلًا بالبناء، والمفتاح يدخل استحسانًا ولا يدخل قياسًا؛ لأنه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار، إلا أنا استحسنا وقلنا بالدخول بحكم العرف؛ لأن العُرف فيما بين الناس أن بائع الدار لا يمنع المفتاح عن المشتري، ويسلّمون الدار بتسليم المفتاح، وإنما دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العُرف، وأمَّا القفل ومفتاحه لا يدخل، والسّلمُ إن كان متصلًا بالبناء يدخل سواء كان من خشب أو مَدَر،

عَلَى البَائِعِ، وَمَعْنَى هَذَا إِذَا بِيعَ مُكَايَلَةً، وَكَذَا أُجْرَةُ الوَزَّانِ وَالزَّرَّاعِ وَالعَدَّادِ، وَأَمَّا النَّقْدُ فَالمَذْكُورُ رِوَايَةُ ابْنِ رُسْتُمَ عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الوَزْنِ وَالبَائِعُ هُوَ المُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ لِيَعْرِفَ المَعِيبَ لِيَرُدَّهُ، وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ: عَلَى المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الجَيِّدِ المُقَدَّرِ، وَالجُودَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ القَدْرُ بِالوَزْنِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ.

وإن كان غير متصل بالبناء لا يدخل.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: في بيع الحمام يدخل القدر، أي: المركَّب في الأرض من غير ذكر في البيع، والقصاع لا تدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق.

قوله: وَمَعْنَى هَذَا إِذَا بِيعَ مُكَايَلَةً، بأن قال: بعتُ هذه الصبرة على أنَّها عشرة أقفزة، وإنَّما قيَّد بهذا؛ لأنه إذا باعه مجازفة لا يجب على البائع أجرة الكيَّال؛ لأنه لا يجب عليه الكيل، فلا يجب أجرته.

وَكَذَا - على هذا - أُجْرَةُ العَدَّادِ وَالوَزَّانِ، أي: أجرة عداد المبيع كعدِّ الأغنام، وأجرة وزان المبيع كوزن الحديد، فكان المُراد من الوزان هاهُنا وزان المبيع، وأمَّا أجرة وزان الثمن فعلى المشتري ما يذكر في الكتاب، فقال في «الذخيرة»: وأجرة الكيَّال والوزان على البائع؛ لأن الكيل والوزن فيما يُباع مكايلة أو موازنة من تمام التسليم، والتسليم على البائع فيما يكون من تمام التسليم كان تسليمه عليه أيضًا.

قوله: وَأَمَّا النَّقْدُ فَالمَذْكُورُ، وهو ما ذكر: أَنَّ أُجْرَةَ نَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ.

قوله: وَالبَائِعُ هُوَ المُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ - أي: ليميِّز الناقد ما تعلق به حق البائع وهو الجيد - مِنْ غَيْرِهِ، أي: من غير حقه وهو الرديء.

قوله: وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْهُ - أي: عن محمد رحمه الله - : عَلَى المُشْتَرِي، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله، ويقول بأن أجرة الناقد على المشتري.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلَى المُشْتَرِي) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ المُحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا)؛ لِأَنَّ حَقَّ المُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي المَبِيعِ فَيُقَدَّمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ البَائِعِ بِالقَبْضِ، لِمَا أَنَّهُ لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنٍ قِيلَ لَهُمَا: سَلِّمَا مَعًا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّعَيُّنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفْعِ.

ورُوي عن محمد رحمه الله أنه جعل أجرة الناقد على من عليه الدين، إلا أن يقبض رب الدين دينه ثم يدعي أنه من غير نقد، فيكون الأجرة على رب الدين، والفرق بين ما قبل القبض وبين ما بعد القبض على هذه الرواية أن الواجب على المديون أيضًا إيفاء دراهم مقدَّرة جيدة، فكان النقد قبل القبض لإيفاء الحق في الجودة، كما أن الوزن لإيفاء الحق في القدر، ثم أجرة الوزان على المديون فكذا أجرة الناقد، وأمَّا إذا قبض رب الدين فقد دخل في ضمانه، فإذا ادعى أنه خلاف حقه كان هو المحتاج إلى النقد ليتمكن من الردِّ، وذلك يقع لرب الدين فيكون الأجرة عليه.

قوله: فَيُقَدَّمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ البَائِعِ بِالقَبْضِ ... تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، أي: في تعيّن حق كل واحد منهما وتحقيقًا للمساواة في المالية أيضًا؛ لأن الدين أنقص من العين، ولو كان المبيع غائبًا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع، ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن، كذا في «المغني»، والله أعلم بالصواب.

(بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ)

باب خيـار الشرط

لمَّا ذكر أحكام العلة التامة، وهي العلة اسمًا ومعنًى وحكمًا وهي الأصل، شرع في بيان أحكام العلة التي هي ناقصة في العليَّة، فإنَّها علة اسمًا ومعنًى لا حكمًا وهي البيع بشرط الخيار.

أو نقول: البيع نوعان: لازم وغير لازم، فاللازم ما لا خيار له فيه بعد وجود شرائطه، وغير اللازم ما فيه الخيار.

والخيار في البيع أنواع أربعة: خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار التعيين، فقدَّم اللازم لكماله، ثم قدَّم خيار الشرط على الشرط على سائر الخيارات المتقدمة عليها؛ لأن خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم، وخيار العيب يمنع لزوم الحكم.

ثم اعلم أن الموانع على خمسة أقسام حسًّا وحكمًا:

(١) فمانع يمنع أصل العلة كانقطاع الوتَر، أو انكسار قوس السهم يمنع فعل الرمي بعد تمام قصد الرامي إلى مباشرته، نظيره في الحكميات إضافة البيع إلى الحرِّ، فإن الحرية تمنع انعقاد أصل العلة.

(٢) ومانع يمنع تمام العلة، كإصابة السهم حائطًا أو شجرة تردّه عن سننه، نظيره في الحكميات إضافة البيع إلى مال الغير.

(٣) ومانع يمنع ابتداء الحكم، كدفع المرميّ إليه السهم عن نفسه بترس يجعله أمامه،

....

وفي الحكميات اشتراط خيار البائع.

(٤) ومانع يمنع تمام الحكم، كمداوة الجراحة بعدما أصابه حتى اندمل وبرأ، وفي الحكميات خيار الرؤية للمشتري.

(٥) ومانع يمنع لزوم الحكم، كصيرورة المجروح صاحب فراش متطاولًا حتى أمن الموت من تلك الجراحة بمنزلة صاحب الفالج، وفي الحكميات خيار العيب، فإنه يمنع لزوم الحكم حتى يتمكَّن من رده بعد تمام الصفقة بالقبض.

ثم قولنا: خِيَارِ الشَّرْطِ، من قبيل إضافة الحكم إلى سببه على ما هو الأصل، فكذا خيار الرؤية، وخيار العيب، وكان من حق الشرط أن لا يدخل في البيع؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه نَهى عن بيع وشرط؛ ولأن في الشرط معنى الغرر وفيه معنى القمار، فلا يليق ذلك في الإثباتات، وإنما يليق في الإسقاطات ليحصل به التعليق، ولكن لمَّا وردت السنَّة بثبوت خيار الشرط في البيع بحديث حبَّان بن مُنقِذ لم يكن بد من العمل به، فأظهرنا عمله في حق منع الحكم لا في منع السبب تقليلًا لعمله بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا دخل الشرط في الإسقاطات، حيث أظهرنا عمله في السبب بالإعدام تكميلًا لمحل عمله؛ لأنه لمَّا كان السبب معدومًا بالشرط كان الحكم معدومًا أيضًا؛ لأن الحكم مبنيٌّ عليه.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه»: أن البيع بشرط الخيار للبائع علة اسمًا ومعنًى لا حكمًا؛ لأن خيار الشرط داخل على الحكم لا على أصل البيع، وكان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع لمعنى الغرَر، إلا أنا لو أدخلنا الشرط على أصل السبب دخل على الحكم ضرورةً، ولو أدخلناه على الحكم خاصَّة لم يكن داخلًا على أصل السبب، فكان معنى الغرور والجهالة في هذا أقل.

ثم الكلام في خيار الشرط في مواضع:

أحدها: في بيان شرط الخيار الذي هو مفسد، وشرط الخيار الذي هو ليس بمفسد.

والثانِي: في بيان مقدار مدَّة الخيار.

....

والثالث: في بيان ما يسقط به الخيار.

والرابع: في بيان عمل الخيار وحكمه.

والخامس: في بيان كيفية الفسخ والإجارة.

أمَّا الأول: فالخيار المفسد ثلاثة أنواع:

أحدها: ذكر الخيار مؤبدًا بأن قال: بعتُ أو اشتريتُ على أنِّي بالخيار أبدًا.

والثانِي: أن يذكر مطلقًا ولم يبين وقتًا أصلًا بأن قال: على أنِّي بالخيار.

والثالث: أن يذكر وقتًا مجهولًا بأن قال: على أنِّي بالخيار أيَّامًا، فالجواب في هذه الأنواع الثلاثة أن البيع فاسد.

وأمَّا الخيار المشروع فنوع واحد، وهو أن يذكر وقتًا معلومًا ولم يجاوز عن ثلاثة أيام، أي: هذا بالاتفاق، وأمَّا إذا ذكر وقتاً معلوماً زائدًا على ثلاثة أيَّام فمشروع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أيضاً.

وأمَّا بيان ما يسقط به الخيار فنقول: إن الخيار بعد ثبوته يسقط بمعان ثلاثة:

(١) إمَّا بالإسقاط صريحًا (٢) أو بالإسقاط دلالة (٣) أو بطريق الضرورة.

فالصَّريح أن يقول: أسقطتُ الخيار، أو أبطلتُ، أو أجزتُ البيع، بطل الخيار؛ لأن الخيار شرع للفسخ، فإذا سقط الخيار والأصل هو لزوم العقد عاد الأصل، وكذلك إذا قال: فسختُ العقد، أو نقضتُه، أو أبطلتُه يسقط؛ لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجارة، فأيّهما وجد يسقط الخيار.

وأمَّا الإسقاط بطريق الدلالة فهو أن يوجد ممَّن له الخيار تصرف يدل على إبقاء الملك، حتى إذا كان الخيار للمشتري فعرضه على البيع يبطل خياره؛ لأن عرض المشتري المبيع على البيع لاختياره الثمن، ولا يصير الثمن ملكًا له إلا بعد ثبوت الملك في المبدل فيصير مختارًا للملك، ولا يكون ذلك إلا بإبطال الخيار فيبطل بطريق الدلالة، وكذلك إذا

قَالَ: (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي البَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَلَهُمَا الخِيَارُ

كان الخيار للبائع في الأصح، ولو أن المشتري إذا كان له الخيار فباعه، أو أعتقه، أو دبَّره، أو كاتبه، أو رهنه، أو وهبه، سلَّم أو لم يسلم، أو آجر، فإن هذا كله منه اختيار الإجازة؛ لأن نفاذ هذه التصرفات مختص بالملك، فكان الإقدام عليها دليل الملك وذلك بالإجازة.

وأمَّا سقوط الخيار بطريق الضرورة فمضي المدة؛ لأن الخيار مؤقَّت بِها فينتهي الخيار عند انتهاء المدَّة ضرورة، فيبقى العقد بلا خيار فيلزم العقد، وكذلك موت من شرط له الخيار فإنَّ الخيار يسقط بالموت ولا يورث.

وأمَّا عمل خيار الشرط وحكمه فقال علماؤنا: إنَّ البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم، بل هو موقوف إلى وقت سقوط الحكم فيعرف حينئذٍ.

وأمَّا كيفية الفسخ والإجارة فهي على ضربين:

أحدهما: بطريق الضرورة، والآخر: بطريق القصد والاختيار.

أمَّا الفسخ والإجازة بطريق الضرورة يصح من غير حضرة خصمه وعلمه، كمضي مدة الخيار، وهلاك المبيع ونقصانه.

وأمَّا بطريق القصد والاختيار فهل يشترط فيه حضرة خصمه وعلمه؟ يذكر فيما بعد إن شاء الله تعالى، كذا في «التحفة».

قوله: خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي البَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَلَهُمَا، وكذلك لغيرهما على ما يجيء ذكره في هذا الباب.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أمَّا البيع بشرط الخيار فعلى أربعة أوجه:

(١) إمَّا أن يكون بشرط الخيار للبائع، (٢) أو المشتري، (٣) أولهما جميعًا، (٤) أو شرط أحدهما الخيار لغيره.

وذكر في «المبسوط»: فإذا اشترط أحد المتبايعين الخيارَ لإنسان من أهله أو من غيرهم، فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه، وقال زفر: لا يجوز على ما يجيء في الكتاب.

ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا) وَالأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ: «أَنَّ حِبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ بْنِ عَمْرٍو الأَنْصَارِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُغْبَنُ فِي البِيَاعَاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ -: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لا خِلابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ». (وَلا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ (وَقَالا: يَجُوزُ إِذَا سَمَّى مُدَّةً مَعْلُومَةً لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ أَجَازَ الخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ)؛ وَلِأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّرَوِّي لِيَنْدَفِعَ الغَبْنُ، وَقَدْ تَمَسُّ الحَاجَةُ إِلَى الأَكْثَرِ فَصَارَ كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شَرْطَ الخِيَارِ يُخَالِفُ مُقْتَضَى

وفي «التحفة»: وقال سفيان الثوري وابن شبرمة رحمهما الله: إن كان الخيار للمشتري يجوز، وإلا فلا، وأصل هذا أن اشتراط الخيار كيف ما كان شرط ينافي موجب العقد، وهو ثبوت الملك عند العقد، وإنَّما عرفنا جوازه بحديث حبَّان بن مُنقذ بخلاف القياس، إلا إذا كان في معناه.

وقوله: ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، بالرفع على الابتداء، أو بالنصب على الظرفية، أي: في ثلاثة أيام.

قوله: حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ، بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة تحتانية، رُوي هذا الحديث باللفظ الذي ذكر في الكتاب، وهو قد كَانَ يُغْبَنُ فِي البِيَاعَاتِ، لمأمومة أصابت رأسه.

قوله: فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لا خِلابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ»، وكان ألْثَغ باللام، وكان يقول: لا خِذَابَةَ، كذا في «المبسوط».

قوله: فَصَارَ كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ، أي: جوّز قليله وكثيره، وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة، وجوابُ أبي حنيفة رحمه الله عن التأجيل هو أن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، والقدرة على الأداء يكون بالكسب، والكسب في كل مرَّة لا يثبت له القدرة، فلا بد من مدَّة طويلة، كذا في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله.

العَقْدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَإِنَّمَا جَوَّزْنَاهُ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، فَيُقْتَصَرُ عَلَى المُدَّةِ المَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَفَتِ الزِّيَادَةُ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) خِلَافًا لِزُفَرٍ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا، وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ المُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا،

وذكر في «الأسرار»: هذا بخلاف الأجل؛ لأن الأجل وإن أخَّر المطالبة بخلاف موجب العقد، وقد بيَّن صفة الثمن بأن كان مؤجلًا، وأنه صفة له يوجب ضرب نقصان فيه كصفة الزيادة على ما عُرف، فكان ملائمًا من حيث أنه بيَّن صفةً له، كما إذا اشترى عبدًا على أنه سارق، أو آبق، فإنه يصح؛ لأنه عيب به، وبيان عوض البيع ممَّا يوجبه العقد، فإنه مما يفسد بالجهالة ويصح بالإعلام.

وذكر في «المبسوط»: وأبو حنيفة رحمه الله استدل بالحديث، فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قدَّر الخيار بثلاثة أيام، والتقدير الشرعي إمَّا أن يكون لمنع الزيادة والنقصان، أو لمنع أحدهما، وهذا التقدير ليس لمنع النقصان، فإن اشترط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة؛ إذ لو لم تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة، وما نصَّ عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز إخلاؤه عن الفائدة؛ لأنه ما كان يجازف في بيان الأحكام، ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكَّن معنى الغرور، وبزيادة المدة يزداد الغرور.

وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلًا، وهو قياس يقويه الأثر، فإنه صلَّى الله عليه وسلَّم «نَهى عن بيع الغرر»، غير أنا تركنا القياس في مدَّة الثلاثة؛ لورود الأثر فيه، وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر، وبه فارق الكفالة؛ لأنَّها تحتمل الغرور والخطر، ألا ترى أنه يجوز تعليق أصل الكفالة بأن يقول: ما ذابَ لك على فلان فهو عليَّ، وبه فارق خيار العيب والرؤية؛ لأنه لا يتمكن الغرر بسببه، وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار، وليس فيه بيان خيار الشرط، ولعلَّ المراد به خيار الرؤية أو العيب، وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ المُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، أي قبل مضي ثلاثة أيام، وأبو حنيفة رحمه

كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي المَجْلِسِ، وَلِأَنَّ الفَسَادَ بِاعْتِبَارِ اليَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ المُفْسِدُ بِالعَقْدِ، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ العَقْدَ يَفْسُدُ بِمُضِيِّ جُزْءٍ

الله يقول: أصل اشتراط الخيار غير مفسد للعقد، وإنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة، والاتصال ذكرًا بعرض الفصل بالإسقاط قبل مجيء اليوم الرَّابع، فإذا سقط فقد تحقق الانفصال وزال المعنى المفسد فبقي العقد صحيحًا، كما لو باعَ جذعًا في سقف ثم نزعه وسلمه، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فقد تحقق الاتصال في ذلك الجزء وجودًا على وجه لا يمكن فصله بالإسقاط؛ لأن عمل الإسقاط فيما بقي لا فيما استوفى، فلهذا لا ينقلب العقد صحيحًا باختياره، ويستوي فيما ذكرنا أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري، كذا ذكره الإمام السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير».

واختلف مشايخنا رحمهم الله في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة رحمه الله، فمنهم من يقول: هو فاسد ثم ينقلب صحيحًا بالإسقاط قبل اليوم الرابع، وهو مذهب أهل العراق، والأوجه أنه موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن، وهو مذهب أهل خراسان، وإليه مال الإمام السرخسي، كذا في «الذخيرة»، و«الفوائد الظهيريَّة».

وقال الإمام قاضي خان: ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط الخيار أربعة أيَّام ما كان مفسدًا لعينه، بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع، وتغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع لا يتحقق قبل دخول اليوم الرابع، وإنَّما فسد العقد في الحال بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر دوامهما على الشرط، فحكمنا بفساد العقد في الحال بحكم الظاهر، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع تبين الأمر، بخلاف الظاهر فتبيَّن أنه لم يكن فاسدًا، وكذلك في الأجل الفاسد.

قوله: كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ، الرَّقم في الأصل الكتابة والختم، والتاجر يرقم الثياب، أي: يعلمها بأن ثمنها كذا، كذا في «المغرب».

والمراد من البيع بالرقم هنا أن يعلّم البائع على الثوب بعلامة مثل الكتابة، يعلم بها الدلال أو غيره بأن ثمن الثوب كذا درهمًا، ولا يعلم المشتري ذلك القدر، فيقول صاحب الثوب أو الدلال: بعتُك هذا الثوب برقمه، فقال المشتري: قبلتُ من غير أن يعلم مقداره،

مِّنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ: يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرْتَفِعُ الفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ، وَهَذَا عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ.

(وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا جَازَ، وَإِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ

ينعقد البيع فاسدًا، ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقَبِله ينقلب البيع جائزًا بالاتفاق.

قوله: وَقِيلَ: يَنْعَقِدُ فَاسِدًا، أي: في الابتداء.

قوله: وَهَذَا عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو قوله: وَلَهُ أَنَّهُ أَسْقَطَ المُفْسِدَ، إلى آخره، يعني: أن القول بانعقاده فاسدًا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد إنما يستقيم على التعليل الأوَّل، وأما على التعليل الثاني وهو قوله: وَلِأَنَّ الفَسَادَ بِاعْتِبَارِ اليَوْمِ الرَّابِعِ، إلى آخره، فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد وبحذف الشرط المفيد؛ لأنه لم ينعقد فاسدًا؛ لأنه لم يتصل المفسد بالعقد؛ لأن المفسد هو اتصال اليوم الرابع، ولمَّا أجاز في الأيَّام الثلاثة علم أن العقد كان جائزًا في الأصل، وهذا كله إشارة إلى ما ذكرنا من اختلاف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة رحمه الله أنه انعقد فاسدًا أو موقوفًا.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ، إلى آخره، اعلم أن هذه المسألة على وجوه:

إمَّا أن لم يبين الوقت أصلًا بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن فلا بيع بيننا، أو بيَّن وقتًا مجهولًا بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن أيامًا، ففي هذين الوجهين العقد فاسد، وإن بيَّن وقتًا معلومًا إن كان ذلك الوقت مقدَّرًا بثلاثة أيام أو دون ذلك فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة، والقياس يأبى جواز العقد مع هذا الشرط، وبه أخذ زُفر رحمه الله؛ لأنه شرطٌ لا يقتضيه البيع، وهو شرط الفسخ متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، فكان هذا بيعًا فيه إقالة معلَّقة بعدم النقد فلا يجوز كما لو باع بشرط الإقالة.

أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الخِيَارِ إِذِ الحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَى الِانْفِسَاخِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّزًا عَنِ المُمَاطَلَةِ

ولكنَّا تركنا القياس فيما إذا كان الوقت مقدرًا بثلاثة أيام بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فإنه باع ناقة بهذا الشرط، وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدَّم على القياس، وإن بيَّن المدة أكثر من ثلاثة أيام فقال أبو حنيفة رحمه الله: البيع فاسد، وقال محمد رحمه الله: البيع جائز، وقول أبي يوسف رحمه الله مضطرب، في بعض الروايات مثل قول محمد رحمه الله اعتبارًا بالملحق به، وفي بعض الروايات قوله مثل قول أبي حنيفة رحمه الله، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين هذا الشرط وبين البيع بشرط الخيار، والفرق له أن القياس يأبى جواز العقد مع هذا الشرط ومع شرط الخيار، وإنما تركنا القياس في الموضعين بالنص، والنص مع هذا الشرط مقيَّد بثلاثة أيام، وفي شرط الخيار ورد النص بالزيادة على ثلاثة أيام، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الخِيَارِ، فإن قلتَ: لا نسلِّم أن هذا الشرط في معنى اشتراط الخيار بل هذا على خلاف ذلك؛ وذلك لأن هناك لو سكتَ حتى مضت المدة تمَّ البيع، وهاهُنا لو سكتَ حتى مضت المدة يبطل البيع، وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس، فلا يلحق به غيره إلا إذا كان في معناه من كل وجه، وبما ذكرت من المعنى يعلم أنه ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به.

قلتُ: الاعتبار في كون الشيء بمعنى شيءٍ آخر لما هو المقصود فيهما لا لمعنى زائد فيهما، ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار؛ لأنه إنما يشترط الخيار ليتروي النظر فيه، ويكون مخيَّرًا في الأيام الثلاثة بين فسخ العقد وإتمامه، وبهذا الشرط أيضًا لا يحصل إلا هذا المقصود، والشرع إنما جوَّز شرط الخيار لهذا المقصود في حديث حبان بن منقذ، فألحق به ما هو في معناه في ذلك المقصود الذي جاء الشرع لأجله، إلى هذا أشار في «المبسوط».

المُمَاطَلَةُ: المدافعة، وقوله: فِي الفَسْخِ، متعلق بالمماطلة، يعني: (از بَهر آنرا تا احتراز

فِي الفَسْخِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ، وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَى أَصْلِهِ فِي المُلْحَقِ بِهِ، وَنَفْيِ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ، وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الأَصْلِ بِالأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالقِيَاسِ، وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ وَإِلَيْهِ مَال

كند از داز داز كردن در فسخ بيع)، أي: لأجل هذا المعنى مسَّت الحاجة إلى الانفساخ عند عدم النقد في ثلاثة أيام، فكان هذا الشرط في معنى خيار الشرط من هذا الوجه.

فإن قلتَ: هذه الضرورة تنقضي باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام؛ فإنه إن لم ينقد الثمن يفسخ العقد في ثلاثة أيام حتى يجوز بيعه من غير خلاف أحد.

قلتُ: لا يصح هذا؛ لأن الضرورة باقية؛ لأن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يملك الفسخ إلا بحضرته، وعسى لا يقدر على الفسخ بحضرته، إلى هذا أشار صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى أَصْلِهِ فِي المُلْحَقِ بِهِ، - وهو خيار الشرط - وَنَفْيِ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ، أي: جوَّز الملحَق به وهو خيار الشرط في ثلاثة أيام، ولم يجوِّز في الزيادة على ثلاثة فكذا في الملحق، وهو جواز البيع على تقدير تعليق انفساخ البيع بعدم النقد إلى ثلاثة أيام، وعدم جوازه في الزائد على ثلاثة أيام.

قوله: وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَخَذَ فِي الأَصْلِ بِالأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالقِيَاسِ، المراد من الأصل شرط الخيار، ومن **قوله**: فِي هَذَا، **قوله**: إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، فإنَّ أثر ابن عمر رضي الله عنه بأنه أجاز البيع إلى شهرين في شرط الخيار، وَرَدَ في الزائد على ثلاثة أيام، فقلنا بجوازه اتباعًا للأثر، وقُلنا في هذا بالقياس؛ لأن القياس يقتضي أن لا يكون شرط في البيع أصلًا؛ لما ذكرنا أن البيع من قبيل الإثباتات فلا يكون قابلاً للتعليق.

أو نقول: وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَخَذَ فِي الأَصْلِ بِالأَثَرِ، أي: أخذ في ثلاثة أيام في **قوله**: إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، بأثر ابن عمر؛ لأنه ذكر في «الفوائد الظهيريَّة» أن عبد

زُفَرَ، وَهُوَ أَنَّهُ بَيْعٌ شُرِطَ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِتَعَلُّقِهَا بِالشَّرْطِ، وَاشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فَاشْتِرَاطُ الفَاسِدِ أَوْلَى وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّا.

الله بن عمر رضي الله عنهما باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما.

قوله: وَفِي هَذَا بِالقِيَاسِ، أي: أبو يوسف رحمه الله أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في قوله: إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، بالقياس بأنه لا يجوز؛ لأنه لم يرد فيه النص، والقياسُ يقتضي عدم الجواز على ما ذكرنا، وهذا الوجه أَوْلَى في تفسير قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه ذكر في «المبسوط» في الفرق له فقال: إن القياس ما قاله زفر رحمه الله، فإن هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظيرًا لشرط الخيار، ولكنَّا تركنا القياس في ثلاثة أيام بقول ابن عمر، وفيما زاد على ذلك نأخذ بالقياس؛ وهذا لأن الغرر يزداد بطول المدَّة، ويجوز أن يحتمل العقد اليسير من الغرر دون الكثير منه، ألا ترى أنا نجوّز شرى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها، ثم لا نجوِّز ذلك في الأربعة لما ذكرنا.

قوله: لِتَعَلُّقِهَا - أي: لتعلق الإقالة - بِالشَّرْطِ، - وهو عدم النقد - وَاشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ، أي: اشتراط الإقالة الصحيحة في البيع مفسد للبيع، بأن باع وشرط الإقالة بأن قال: بعتُك هذا بشرط أن تقيل البيعَ، فإن ذلك معلق بالإقالة المجرَّدة عن الشرط وهو مفسد للبيع، وفيما نحن بصدده بيع معلق بالإقالة المعلقة بالشرط، فأَوْلَى أن يفسد البيع بها.

قوله: وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ الخِيَارِ إِذِ الحَاجَةُ مَسَّتْ، إلى آخره.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ثم إنه إذا لم ينقد الثمن إلى انقضاء ثلاثة أيام يفسد البيعُ ولا ينفسخ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه، وإن كان في يد البائع لا ينفذ، ثمَّ لو كان مثل هذا الشرط للبائع بأن اشترى عبدًا أو نقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام ولا بيع بيننا جاز البيع بِهذا الشرط، ويصير بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع،

قَالَ: (وَخِيَارُ البَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالمُرَاضَاةِ وَلا يَتِمُّ مَعَ الخِيَارِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ، وَلا يَمْلِكُ المُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ

حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونًا على المشتري بالقيمة، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ، ولو أعتقه البائع ينفذ.

قوله: وَخِيَارُ البَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله في أحد أقواله: يثبت الملك كما في خيار الرؤية على أصلنا؛ وهذا لأن الثابت حق الفسخ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ امتناع الملك، كذا في «الإيضاح».

والوجه لنا ما ذكره في الكتاب وفي «المبسوط»، وحاصل ذلك أن الخيار إذا كان مشروطًا للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق، والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق، وهل يدخل في ملك البائع؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يدخل، وعلى قولهما يدخل.

وفي نسخة: ولا يدخل الثمن في ملك البائع إن كان عينًا، ولا يجب له عليه إن كان دينًا عنده، وعندهما يدخل ويجبُ له الثمن، وإذا كان الخيار مشروطًا للمشتري فالثمن لا يزول عن ملكه بالاتفاق، والمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق على نحو ما ذكرنا في خيار البائع، وهل يدخل المبيع في ملك المشتري؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يدخل، وعلى قولهما يدخل، كذا في «المغني».

وذكر في «المبسوط»: لا خلاف بين أصحابنا أن البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه؛ لأن العين لا تخرج عن ملكه بطريق التجارة إلا بعد تمام رضاه به، وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به، والسببُ بدون الشرط لا يكون عاملًا في الحكم كاليمين بالطلاق، فإنه سببٌ لوقوع الطلاق عند وجود الشرط، فما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به، وعند وجود الشرط لا يتبينُ أن الحكم كان ثابتًا قبله كما في حكم الطلاق، وهذا معنى ما نقوله: إن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بسقوط الخيار، وإنما يثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار، ولهذا لو كان المشتري أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه، إلا أن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة؛ لكونها محلًا له، وعند وجود

وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ البَائِعِ (وَلَوْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالقِيمَةِ)؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِالهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا، وَلَا نَفَاذَ بِدُونِ المَحَلِّ فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَفِيهِ القِيمَةُ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ البَائِعِ انْفَسَخَ البَيْعُ وَلَا شَيْءَ عَلَى المُشْتَرِي اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ الصَّحِيحِ المُطْلَقِ.

الشرط كما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد.

قوله: وَلَوْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي وَهَلَكَ ... فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالقِيمَةِ، وذكر في «المبسوط»: لو كان الخيار للبائع فماتت الجارية في يد المشتري فعليه قيمتها، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: هو أمينٌ فيها؛ لأنه قبضها بإذن صاحبها، ووجوبُ ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء على صاحبها، وذلك غير موجود إن كان القبضُ برضاه.

ولكنا نقول: البائع ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد، والمقبوضُ بجهة العقد يكون مضمونًا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع؛ وهذا لأن الضَّمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة، وإنما يتحول منها على الثمن عند تمام الرضا، ولم يوجد حتى شرط البائعُ الخيارَ لنفسه فبقي الضمانُ الأصلي، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري على ما يجيء.

قوله: وَفِيهِ القِيمَةُ، أي: في المقبوض على سوم الشراء القيمة إذا لم يكن المقبوض مثليًّا، وإن كان مثليًّا فيضمن مثله.

وذكر في «التتمَّة»: أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمًّى، حتى أنه إذا قال: اذهب بهذا الثوب فإن رضيتُه اشتريتُه، فذهبَ به فهلكَ لا يضمن، ولو قال: إن رضيتُه اشتريتُه بعشرة، فذهب به فهلك ضمن قيمته، وعليه الفتوى.

قوله: اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ الصَّحِيحِ المُطْلَقِ، أي: في البيع الصحيح المطلق عن الخيار إذا هلكَ المبيع في يد البائع ينفسخ البيع.

فإن قيل: ما فائدة تقييده بالصحة مع أن الحكم في الفاسد كذلك؟

قَالَ: (وَخِيَارُ الْمُشْتَرِي لا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي جَانِبِ الْآخَرِ لازِمٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْبَدَلِ عَنْ مِلْكِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لَهُ دُونَ الْآخَرِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لا يَمْلِكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: يَمْلِكُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ فَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي يَكُونُ زَائِلًا لا إِلَى مَالِكٍ، وَلا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَخْرُجِ الثَّمَنُ عَنْ مِلْكِهِ فَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّهُ يَدْخُلُ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِهِ لَاجْتَمَعَ الْبَدَلانِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، وَلا أَصْلَ لَهُ فِي الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ؛ وَلِأَنَّ

قلنا: إجراءً لتصرفات المسلمين على ما هو الأليق والأوثق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة.

قوله: وَلا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ، أي: غير معهود وموجود في شريعتنا أن يكون الشيء مملوكًا ولا مالك له.

فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا اشترى متولي الكعبة عبدًا لسدانة الكعبة، وهي خدمتها، يخرج العبد من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قلنا: قولنا: غير معهود في الشرع، أي: في باب التجارة، وما ذكره من النقض ليس من باب التجارة، بل هو ملحق بتوابع الأوقاف من المنقولات، والحكم في الأوقاف كذلك، لما ذكرنا في الوقف.

قوله: لَاجْتَمَعَ الْبَدَلانِ - أي: الثمن والمثمن - فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، هذا احتراز عن الضمان في غصب المدبر، حيث اجتمع البدلان هناك في ملك رجل واحد،

الخِيَارَ شُرِعَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي لِيَتَرَوَّى فَيَقِفَ عَلَى المَصْلَحَةِ، وَلَوْ ثَبَتَ المِلْكُ رُبَّمَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ بِأَنْ كَانَ قَرِيبَهُ فَيَفُوتُ النَّظَرُ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ)،

فإن الغاصب لو غصب المدبَّر وأبق المدبر من يده يجب الضمان على الغاصب، ولا يخرج المدبَّر عن ملك المدبِّر، فكان المدبَّر وعوضه - وهو الضمان - مجتمعين في ملك المدبِّر.

قلنا: ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة، وإنما لم يثبت الملك للغاصب في المدبَّر صيانةً لحق المدبِّر، فإنه غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، فكان الضمان ضمان جناية لا ضمان معاوضة، وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى صحَّ البيع، فيجب أن لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فما قاله أبو حنيفة رحمه الله من كون الشيء مملوكًا ولا مالكَ له مشروع في الجملة، كما في العبد المشترى لخدمة الكعبة، وما قالا من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع أصلًا، فكان التعويل على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ويجوز أن يخرج الشيء عن ملك إنسان ولا يدخل في ملك غيره، كالتَّركة المستغرقة بالدَّين تزول عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة.

فإن قلت: إن المبيع إذا كان مالًا أو دارًا والخيار فيه للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة بالإجماع، ولو لم يصر مالكًا لها لما استحق بها الشفعة، كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى.

قلتُ: إنما وجبت الشفعة للمشتري هناك؛ لأن المشتري بشرائها صار أحقَّ بِها تصرفًا لا لأنه ملكها، بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنب داره تجب له الشفعة لهذا المعنى، ولهذا لو أعتقه المشتري نفذ عتقه؛ لأنه صار أحق بالتصرّف فيه، وإقدامه على الإعتاق إسقاط منه للخيار، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ ... - أي: في يد المشتري - وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ، أي: يلزمه

....

العقد ويجب الثمن، وهذا إذا كان عيبًا لا يرتفع كما إذا قطعت يده، وأمَّا إذا كان عيبًا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال المرض في الأيام الثلاثة، فإن له أن يفسخ بعدما ارتفع العيبُ في الأيَّام الثلاثة، وأمَّا إذا مضت الثلاثةُ والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «شرح الطحاوي»: يلزم البيع على المشتري إذا كان الخيار له والمبيع في يده إذا صار إلى حال لا يملك المشتري فسخه على تلك الحالة، مثل أن يهلك أو ينتقض المعقود عليه في يد المشتري نقصانًا يسيرًا أو فاحشًا بفعل المشتري، أو بفعل البائع، أو بآفة سماويَّة، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل المعقود عليه بطل خياره ونفذ العقد؛ لأن الردّ فسخ، والفسخ إنما يدور على ما كان عليه العقد والقبض، وقد عجز عن ردِّه كما قبض فبطل خياره ونفذ العقد، وهذا كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله كذلك إلا في خصلة واحدة وهي: أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خيار المشتري، إن شاء ردَّ عليه، وإن شاء أجازه وأخذ من البائع الأرش.

ولو ازداد المبيع في يد المشتري زيادةً متصلةً متولدةً من الأصل كالحسن والجمال، والبرء من المرض، وذهاب البياض من العين، بطل خياره ونفذ البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا يمنع الرد وهو على خياره، وإن كانت الزيادة متصلةً غير متولدةً منه كالصبغ والخياطة، أو كسويق لتَّه بسمن، أو كانت أرضًا فبني فيها فإنَّها مانعة للرد بالإجماع، ولو حدثت زيادة منفصلة إن كانت متولدة من الأصل كالولد، والأرش، والعقر، واللبن، والتمر، والصوف، فإنَّها مانعة للرد بالإجماع، بل يبطل الخيار وينفذ البيع، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة منه كالكسب، والغلَّة، والهبة، والصدقة، فإنَّها غير مانعة للرد وهو على خياره، إلا أنه إذا اختار البيع فالزوائد له مع الأصل، وإذا اختار الفسخ يرد الأصل مع الزوائد في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يرد الأصل والزوائد للمشتري؛ لأنَّ من مذهبهما أنه دخل في ملكه، وعند أبي حنيفة رحمه الله كان موقوفًا.

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ يَمْتَنِعُ الرَّدُّ، وَالهَلَاكُ لا يَعْرَى عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فَيَهْلِكُ، وَالعَقْدُ قَدِ انْبَرَمَ فَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ بِدُخُولِ العَيْبِ لا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ حُكْمًا بِخِيَارِ البَائِعِ فَيَهْلِكُ وَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن هناك تجب القيمة على المشتري لا الثمن على ما ذكر قبل هذا بقوله: فَلَوْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي وَهَلَكَ ... فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالقِيمَةِ، وأمَّا إذا تعيَّب المبيع في يد المشتري والخيار للبائع كان للبائع أن يلزمه البيع فيه، وإن شاء فسخ العقد وضمَّنه ما انتقص؛ لأن العيب لا يمنع الفسخ، وإذا انفسخ العقد كان مضمونًا على المشتري بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب، وأمَّا إذا تعيَّب المبيع وهو في يد البائع والخيار للبائع فهو على خياره؛ لأن ما انتقض بغير فعله فهو غير مضمون على البائع، ألا ترى أنه لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن، ولكنه يتخيَّر المشتري، كذا هاهُنا يبقي البائع على خياره، وإذا لزم المبيع يتخير المشتري فيه، وإن كان العيب بفعل البائع انتقض البيع فيه؛ لأن ما يحدث بفعل البائع يكون مضمونًا عليه ويسقط حصته من الثمن، فلو بقينا الخيار لتفرقت الصفقة على المشتري فتضمن بتنقيصه نقض العهد من هذا الوجه، كذا في «الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو ما إذا كان الخيار للبائع والمبيع هلك في يد المشتري، فإن هناك يجب القيمة على ما ذكرنا.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ، أي: إذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمتنع الردّ ويبطل الخيار؛ لما ذكرنا أنه تعذَّر عليه رده كما قبض سليمًا عن العيب، وكذلك في الهلاك؛ لأنه لمَّا أشرف على الهلاك سقطَ اختياره لعجزه عن ردِّه كما قبضه، فتمَّ البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمَّى، وأمَّا إذا كان الخيار للبائع لم يسقط خياره وإن أشرف على الهلاك؛ لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار، فلو لزم البيع فيه إنما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز؛ لأنه لم يبق محلًّا للبيع فكان مضمونًا بالقيمة كذلك، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لِمَا لَهُ مِنَ الخِيَارِ (وَإِنْ وَطِئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ (إِلَّا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ يُنْقِصُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: يَفْسُدُ النِّكَاحُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا (وَإِنْ وَطِئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا)؛ لِأَنَّ وَطْأَهَا بِمِلْكِ اليَمِينِ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا؛ وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبْتَنِي عَلَى وُقُوعِ المِلْكِ لِلْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنْهَا: عِتْقُ المُشْتَرَى عَلَى المُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ المُشْتَرِي حَلَفَ إِنْ مَلَكْتُ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنِ اشْتَرَيْتُ فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالمُنْشِئِ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ فَيَسْقُطُ الخِيَارُ،

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ، قيَّد بشراء امرأته؛ لأن المشتراة إذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرًا أو ثيبًا في أنه يكون مختارًا للبيع بالوطء بالإجماع، سواء نقصها الوطي أو لم ينقصها.

قوله: وَإِنْ وَطِئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، أي: وطئها وهي ثيب فلم ينقصها الوطي، أمَّا إذا نقصها فليس له الرَّدُّ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، إلى هذا أشار في «شرح الطحاوي».

قوله: وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ أَخَوَاتٌ، أي: نظائر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنِ اشْتَرَيْتُ، يعني: لو قال: إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، عتق عليه بالإجماع، أمَّا عندهما فلا يشكل؛ لأنه حنث بالشراء وهو في ملكه فعتق عليه، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فيعتق؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أرسل العتق بعد شرائه بشرط الخيار ينفذ عتقه، كذا في «شرح الطحاوي».

فإن قيل: فلو كان كالمنشئ ينبغي أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويًا عن الكفارة.

وَمِنْهَا: أَنَّ حَيْضَ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْمُدَّةِ لا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُجْتَزَأُ؛ وَلَوْ رُدَّتْ بِحُكْمِ الخِيَارِ إِلَى البَائِعِ لا يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعْدَ القَبْضِ، وَمِنْهَا: إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا.

قلنا: جعلنا كالمنشئ لتصحيح قوله: فَهُوَ حُرٌّ، أمَّا لا يقع عن الكفارة؛ لأن استحقاق الحرية قد ثبتَ له وقت اليمين، فصار كمن أعتق المدبر ناويًا عن الكفارة، فإنه يعتق لوجود الشرط ولا ينوب عن الكفارة لثبوت استحقاق الحرية قبله.

قوله: أَنَّ حَيْضَ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْمُدَّةِ لا يُجْتَزَأُ بِهِ عَنِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُجْتَزَأُ، والاجتزاء وعدم الاجتزاء لا يتفاوتان في الحيضة الكاملة أو في بعض الحيضة؛ لأنه ذكر في «شرح الطحاوي»: فحاضت عنده بعد القبض في مدَّة الخيار، أو حصل بعض الحيضة في مدَّة الخيار فاختارت صارت للمشتري، ولا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجتزأ بها عن الاستبراء، فلو ردَّها على البائع لا يجب على البائع الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده، وعندهما إن كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانًا والقياس أن يجب، وإن كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسًا واستحسانًا، وأجمعوا أن العقد لو كان باتًّا ثم فسخ العقد بينهما بإقالة أو بغيرهاإن كان قبل القبض القياس أن يجب على البائع الاستبراء، وفي الاستحسان غير واجب، وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسًا واستحسانًا.

قوله: إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ، فمعنى المسألة على الوجهين: إمَّا أن يحمل على أن الولادة حصلت في مدة خيار المشتري الذي اشترى منكوحته لكن الولادة كانت قبل قبض المشتري، وإمَّا أن يكون معناها أنه اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت هي منه ولدًا قبل الشراء ثمَّ اشتراها بشرط الخيار فلا تصير هي أم ولد له في مدَّة الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما.

وَمِنْهَا: إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ بِإِذْنِ البَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ البَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي المُدَّةِ هَلَكَ مِنْ مَالِ البَائِعِ لِارْتِفَاعِ القَبْضِ بِالرَّدِّ لِعَدَمِ المِلْكِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ المُشْتَرِي لِصِحَّةِ الإِيدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ المِلْكِ.

والدليل على صحة التفسير الثاني ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله هذه المسألة بقوله: ومنها: أنه إذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على أنه بالخيار ثلاثة أيام، عند أبي حنيفة رحمه الله لا تصير أم ولد له ولا يبطل خياره، وعندهما تصير أم ولد له ويبطل خياره، فعلى هذا التأويل كان قوله: فِي المُدَّةِ، ظرفًا لقوله: لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، ظرف الولادة، أي: لا تصير أم ولد له في المدة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تصير أم ولد له لا تصال ولادة أمته منه بالملك، فكانت أمّ ولد له ويبطل الخيار، وإنما احتجنا إلى أحد هذين التأويلين لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا: إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها، ثم ولدت هي في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط؛ لأن الولادة عيب، فلا يمكن ردّها بعد ما تعيّبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار.

والدليل على هذا ما ذكره في «المبسوط» بقوله: وإن اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره؛ لأنَّها تعيبت بالولادة.

قوله: فَهَلَكَ فِي يَدِهِ، أي: في يد البائع في المدة أو بعدها هلك على البائع، ويبطل البيع في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لمَّا لم يملك المشتري عنده ارتفع قبضه بالرد على البائع فهلك المبيع قبل القبض، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع، وعندهما لمَّا ملكه المشتري صار مودعًا ملك نفسه، فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده؛ إذ يد المودع كيده.

ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري، ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار، ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع في قولهم جميعًا.

ولو كان البيع باتًّا فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه، والثمن منقود أو مؤجّل، وله فيه خيار رؤية أو خيار عيب، فأودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشتري ولزمه

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ عَلَى خِيَارِهِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ عَنِ التَّمَلُّكِ وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَلِيهِ، وَعِنْدَهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

الثمن بالإجماع؛ لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعاً ملك نفسه، كذا في «شرح الطحاوي» وغيره.

قوله: لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ بَقِيَ عَلَى خِيَارِهِ عِنْدَهُ، فإن قلتَ: قد ذكرتَ قبل هذا من رواية «المغني» أن الخيار إذا كان للمشتري لا يخرج الثمن من ملك المشتري بالإجماع، وإذا لم يخرج عن ملكه لا يملكه البائع ضرورة، وإذا لم يملكه البائع كيف يصح إبراؤه، وإبراء الدين إنَّما يصح ممن يملكه لا ممن لا يملكه، وإلا يلزم أن يصح إبراء البائع من الثمن المشترى الذي يريد شراؤه قبل أن يشتريه.

قلتُ: في هذا قياس واستحسان، وما ذكرته فهو وجه القياس، وما ذكره في الكتاب فهو جواب الاستحسان؛ فإنه ذكر في «شرح الطحاوي»: ثم إن البائع أبرأه من الثمن فالقياس أن لا يصح إبراؤه؛ لأنه لا يملك الثمن، وفي الاستحسان صح إبراؤه من الثمن، لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد.

وذكر في الكتاب وجه المسألة من الطرفين، هذا هو الحكم إذا أبرأ البائع العبد الذي اشتراه من الثمن في خيار الشرط، أمَّا لو كان العقد باتًّا فبرأ العبد المأذون عن الثمن بإبراء البائع فليس له أن يرد السلعة، لا بخيار الرؤية، ولا بخيار العيب بالإجماع؛ لأن فيه تمليكًا بغير بدل وهو ليس من أهله، ولو كان المشتري حرًّا والمسألة بحالها له أن يرد بخيار الشرط، وإن برأ من الثمن في قولهم جميعًا وهو ظاهر؛ لأن الحرَّ ممن يصح منه تمليكه ببدل وبغير بدل، وكذا له أن يرد بخيار الرؤية أيضًا قبل القبض وبعد القبض وإن برأ من الثمن؛ لأنه من أهل أن يملك الشيء بغير بدل، ولو وجد به عيبًا فأراد أن يردَّه بعدما برأ من الثمن فإنه ينظر: إن كان قبل القبض فله الرد وإن كان بعد القبض فليس له الرد؛ لأن العيب قبل القبض لا حصة

وَمِنْهَا: إذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ بَطَلَ الخِيَارُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ، وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا يَتَمَلَّكُهَا بِإِسْقَاطِ الخِيَارِ بَعْدَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ.

له من الثمن فكان الرد لعدم رضاه، وبعد القبض له حصة من الثمن فكان الرد لأجل حصة العيب؛ لأن البائع حبس نقصان العيب عنده، وإنما يظهر ذلك عند تسليم الثمن، ولا يظهر قبله، كذا في «شرح الطحاوي»، يعني: كان الرد بعد القبض طلبًا لما حبسه البائع من الثمن بمقابلة فوت وصف السلامة، وهو لم يعطه شيئًا من الثمن فكيف يطلبه.

قوله: إذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ، أي: المشتري، ذكر خيار المشتري وإسلامه؛ لأنه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البائع بطل البيع بالإجماع، ولو كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع، وحاصل ذلك ما ذكره في «شرح الطحاوي» فقال: ويظهر الاختلاف أيضًا في ذمي اشترى من ذمي خمرًا أو خنزيرًا، فإن الشراء لا يخلو: إما أن يكون باتًّا، أو بشرط الخيار للمشتري، أو البائع، ولا يخلو: إمَّا أن يسلما، أو يسلم أحدهما قبل القبض الحرام، أو بعد قبضه.

أمَّا إذا أسلم أحدهما قبل قبض الخمر والخنزير بطل البيع في الأحوال كلِّها، سواءٌ كان البيع باتًّا، أو بشرط الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لأنَّهما أسلما والحرام غير مقبوض، والإسلام يلاقي الحرمة القائمة بالرد والفائتة بالعقد، ولو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فإنه ينظر: إن كان العقد باتًّا ولا خيار فيه جاز العقد ولا يبطل؛ لأنَّهما أسلما والحرام مقبوض، وإن كان العقد شرط الخيار للبائع فأسلم البائع بطل البيع؛ لما ذكرنا أن المبيع لم يخرج عن ملكه، والإسلام منع إخراجه عن ملكه بالعقد، ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع وخيار البائع على حاله؛ لأن العقد من جانب المشتري باتٌّ، فإن اختار البائع الفسخ عادت الخمر إليه، وإن اختار الإجازة صارت الخمر للمشتري حكمًا، والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكمًا كما يتملك بالميراث.

وإن كان الخيار للمشتري فأسلم المشتري بطل العقد في قول أبي حنيفة رحمه الله،

قَالَ: (وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الخِيَارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ فِي المُدَّةِ وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ، وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الآخَرُ حَاضِرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالشَّرْطُ هُوَ العِلْمُ، وَإِنَّمَا

وفي قولهما تمَّ العقد ولا يبطل؛ لأن من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أنَّ المشتري لم يملكه والإسلام يمنعه عن تملك الخمر بالعقد، وعندهما ملكه والإسلام منعه عن إخراجه عن ملكه، وإن أسلم البائع لا يبطل بالإجماع، وخيار المشتري على حاله؛ لأن العقد من جانب البائع باتٌّ، فإن اختاره المشتري صار له، وإن فسخ البيع صار الخمر للبائع، والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكمًا.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ومنها: مسلم اشترى من مسلم عصيرًا بشرط الخيار، فتخمَّر عصيره في المدة فسد البيع، وعندهما تمَّ. ثم ذكر الإمام السرخسي رحمه الله: وقيل: بتغير العين في ضمانه ينبغي أن لا يبطل الخيار عندهم.

ومنها: لو كان للمشتري دارًا هو ساكنها بإجارة، أو عارية، فاستدام السكنى بعد الشرط، فقال الإمام السرخسي رحمه الله: لا يكون اختيارًا، وابتداء السكنى اختيار؛ لأن الدار لا تمتحن بالسكنى، وقال بكر رحمه الله: استدامة السكنى اختيار عندهما؛ لأنَّها بملك اليمين، وعنده رضي الله عنه ليس باختيار؛ لأنَّها بالإجارة أو العارية.

ومنها: حلال اشترى ظبيًا بشرط الخيار فقبضه ثمَّ أحرم والظبي في يده ينتقض البيع ويُرد إلى البائع، وقالا: يلزم المشتري، ولو كان للبائع ينتقض في قولهم رحمهم الله، ولو كان الخيار للمشتري فأحرم البائع فللمشتري أن يُردَّه، والله أعلم.

قوله: وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الخِيَارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ ... وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ، وهذا العام يتناول البائع والمشتري والأجنبي؛ لما ذكرنا أن اشتراط الخيار يصح منهم جميعًا، وذكر في «شرح الطحاوي»: ثمَّ شرط الخيار إن كان للبائع فجواز البيع ونفوذه بإحدى معان ثلاث:

(١) أحدها: أن يجيز البيع فيقول: أجزتُ، جاز البيع سواء كان المشتري حاضرًا أو غائبًا.

كَنَّى بِالحَضْرَةِ عَنْهُ، لَهُ أَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَى الفَسْخِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ فَلا يُتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ كَالإِجَازَةِ وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ وَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ.

(٢) والثاني: بموت البائع في مدَّة الخيار، فيبطل خياره بموته وينفذ عقده، ولا يكون الخيار موروثًا عند علمائنا رحمهم الله.

(٣) والثالث: أن يمضي مدَّة الخيار من غير فسخ ممَّن له الخيار، تمَّ له البيع ونفذ.

وفسخه بأحد الأمرين: إمَّا بالقول أو بالفعل.

أمَّا فسخه بالقول أن تقول في مدة الخيار: فسختُ، فإن كان فسخه بحضرة المشتري انفسخ البيع ولا يحتاج إلى القضاء، ولا إلى رضاء المشتري، وإن كان فسخه بغير حضرة المشتري لا يصح الفسخ ويكون موقوفًا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو المذكور في الكتاب.

وأمَّا الفسخ بالفعل فهو أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملَّاك، كما إذا أعتق، أو باع، أو كانت جارية فوطئها، أو قبَّلها، أو ما أشبه ذلك، فإن العقد ينفسخ حكمًا سواء كان المشتري حاضرًا أو غائبًا؛ لأن هذا فسخ حكمًا، والشيء قد يثبت حكمًا وإن كان يبطل قصدًا، وإذا كان الخيار للمشتري فجواز البيع ونفوذه بإحدى المعاني الثلاث التي ذكرناها في نفوذ البيع إذا كان الخيار للبائع، وبمعان أخر سواها نحو أن يصير في يد المشتري إلى حال لا يملك المشتري فسخه على تلك الحالة، مثل: أن يهلك، أو ينتقض المعقود عليه، إلى آخر ما ذكرنا قبل هذا في هذا الباب.

وأمَّا فسخه بأحد أمرين أيضًا كما في خيار البائع: إمَّا بالقول أو بالفعل.

أمَّا فسخه بالقول لا يصح إلا بحضرة البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله.

وأمَّا فسخه بالفعل هو أن يكون الثمن عينًا، فتصرف فيه تصرف الملَّاك انفسخ العقد، سواء كان البائع حاضرًا أو غائبًا على ما ذكرنا في جانب البائع، وقال أبو يوسف رحمه الله:

وَلَهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيْرِ وَهُوَ العَقْدُ بِالرَّفْعِ، وَلَا يَعْرَى عَنِ المَضَرَّةِ؛

يجوز، وكذا الرد بخيار الرؤية على الاختلاف.

وأمّا فسخ البيع لفساد في البدل فلكل واحد منهما الفسخ بحضرة صاحبه، وذكر الإمام الإسبيجابي رحمه الله: عند أبي يوسف رحمه الله بغيبته أيضًا.

وإن كان الفساد لشرط منفعة لأحدهما فلكل واحد منهما الفسخ قبل القبض، وأمّا بعده فالفسخ لمن له الشرط بحضرة صاحبه، وليس لصاحبه الفسخ بلا رضاه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله، وإنما كني بالحضرة عن العلم بطريق ذكر السبب وإرادة المسبب؛ لأن الحضور سبب العلم، فصار كالوكيل، فإن الوكيل له أن يتصرف فيما وكّل به وإن كان الموكل غائبًا.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيْرِ، أي: أن الفسخ تصرف ممّن له الخيار في حق من ليس له الخيار، فوجه قولهما أنه بالفسخ يلزم غيره حقًّا فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به، كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به.

وبيان الوصف أن العقد ينعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر، وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به، ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به كما في خطابات الشرع، يقرره أن البائع لا يطلب لسلعته مشتريًا آخر اتكالًا على استتمام البيع بانقضاء المدة فيتضرر البائع، وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري، والمشتري وإن كان يتضرر بامتناع الفسخ ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع، بل لعجز المشتري عن إيجاد شرط صحة الفسخ، وهذا بخلاف الإجازة؛ لأنه لا يلزمه البائع بإجازته شيئًا، وهو نظير الرضا بالعيب من المشتري فإنه يصح من غير علم البائع.

وقوله: إن المشروط له الخيار مسلط على التصرف من جهة صاحبه، قلنا: لا كذلك، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ، لكن إنما يتمكن من الفسخ؛ لأن العقد غير لازم في جانب من له الخيار، وبانتفاء وصف اللزوم يتمكن من الفسخ من غير رضا صاحبه، ولا يتمكن من الفسخ من غير علمه، كما في الوكالات والشركات والمضاربات، وبهذا الحرف

لِأَنَّهُ عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلْزَمُهُ غَرَامَةُ الْقِيمَةِ بِالْهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لَا يَطْلُبُ لِسِلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي،

يقع الفرق بين هذا وبين الوكيل؛ لأن الوكيل مسلط على التصرف من الموكل، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهُ عَسَاهُ - أي: لأن الغير الذي ليس من جانبه الخيار - يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلْزَمُهُ غَرَامَةُ الْقِيمَةِ بِالْهَلَاكِ، يعني: لو فسخ من له الخيار وهو البائع مثلًا في مدة الخيار، وتصرف المشتري بعد مدة الخيار بناءً على أنه لزم البيع بمضي المدة، والحال أنه قد فسخ البائع البيع قبل مضي المدة من غير علم المشتري، تجب القيمة على المشتري حينئذٍ على تقدير الهلاك، ومن الجائز أن يكون القيمة أكثر من الثمن، فيتضرر المشتري بلزوم زيادة قيمة لم يلتزمها المشتري، وهذا الضرر على المشتري على تقدير أن يكون الخيار للبائع، وأمَّا الضرر على البائع ففيما إذا كان الخيار للمشتري وقد مضت المدة فاعتمد البائع على لزوم البيع، ولم يطلب مشتريًا آخر، وقد كان فسخ المشتري البيع بدون علم البائع، ولم يصل البائع إلى ما رامه من البيع، وقضاء حاجته بثمن سلعته، فلدفع أحد هذين الضررين اللازمين قلنا: لا يتفرد من له الخيار بالفسخ.

فإن قلتَ: لو لم يتفرّد بالفسخ يلزم الضرر أيضًا، وهو أن يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى تمضي مدَّة الخيار، فيلزمه العقد شاء أو أبى، فيتضرر من له الخيار إذا أبي لزوم البيع.

قلتُ: لو لزم هذا الضرر إنما لزم من جانبه بتقصيره بأخذ الكفيل، لا من صاحبه فكان ضررًا مرضيًّا، بخلاف ما نحن فيه.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» هذه المسألة في باب الخيارات: رجل اشترى شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فجاء المشتري في الثلاثة إلى باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه، فطلبَ المشتري من القاضي أن ينصب خصمًا عن البائع ليرده عليه، اختلفوا فيه قال بعضهم: ينصب خصمًا نظرًا للمشتري، وقال محمد بن سلمة رحمه الله: لا يجيبه القاضي إلى ذلك

وَهَذَا نَوْعُ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ وَصَارَ كَعَزْلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ الإِجَازَةِ لِأَنَّهُ لا إِلزَامَ فِيهِ، وَلا نَقُولُ إِنَّهُ مُسَلَّطٌ، وَكَيْفَ يُقَالُ ذَلِكَ؟ وَصَاحِبُهُ لا يَمْلِكُ الفَسْخَ

ولا ينصب خصمًا؛ لأن المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه كفيلًا مع احتمال الغيبة فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له.

وإن لم ينصب القاضي خصمًا وطلب المشتري من القاضي الإعذار، عن محمد رحمه الله فيه روايتان: في رواية يجيبه القاضي إلى ذلك، يبعث مناديًا ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إن خصمك فلانًا يريد أن يرد المبيع عليك فإن حضرتَ وإلا نقضت البيع، فلا ينقض القاضي البيع من غير إعذار، وفي رواية لا يجيبه القاضي إلى الإعذار أيضًا، فقيل لمحمد رحمه الله: كيف يصنع المشتري؟ قال: ينبغي للمشتري أن يستوثق ويأخذ منه كفيلًا ثقة إذا خاف الغيبة، حتى إذا غاب البائع يرد على الوكيل.

قوله: وَصَارَ كَعَزْلِ الوَكِيلِ، فإن عزل الموكل الوكيل قصدًا يتوقف على علم الوكيل؛ كيلا يتضرَّر الوكيل بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلًا بالشراء، وببطلان قوله فيما إذا كان وكيلًا بالبيع.

وذكر في «الأسرار»: لو صح العزل بدون علمه لزمه حكم الحجر وهو لا يشعر فيمضي على حكم الإذن فيضمن ويلحقه ضرر ذلك، فيكون ذلك العازل هو الذي سببٌ لذلك بعزله، وصار ذلك تعزيرًا، ولهذا قيل: إن حكم خطاب الشرع لا يلزم العبد إلا بعد العلم؛ لأنه لو لزم قبل العلم ولا يمكنه القيام يتضرر وصار مغرورًا.

فإن قلتَ: قد دلَّت مسائل على أن إلزام الحكم في حق إنسان يثبت من جانب الآخر بدون علم من لزم عليه الحكم:

منها: خيار المخيرة، فإنها تختار نفسها بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وإن لم يرض ولم يعلم به، وفيه إلزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه.

ومنها: الرجعة فإن الزوج يتفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها.

ومنها: الطلاق، والعتاق، والعفو عن القصاص.

وَلَا تَسْلِيطَ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ المُسَلَّطُ، وَلَوْ كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَغَهُ فِي المُدَّةِ تَمَّ الفَسْخُ لِحُصُولِ العِلْمِ بِهِ، وَلَوْ بَلَغَهُ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ تَمَّ العَقْدُ بِمُضِيِّ

ومنها: خيار الأمة المعتقة، حيث يصح اختيارها الفرقة بدون علم الزوج.

ومنها: خيار المالك، وهو فيما إذا باع مال غيره فإن للمالك خيارًا فيه، فلو رد ارتدَّ بلا علم المتعاقدين.

ومنها: العدة، فإنها تلزم على المرأة إذا طلقها زوجها بدون علمها، فعلم بهذا أن من اللوازم ما يلزم على الإنسان من جانب الغير بدون علمه، فلا بد من ذكر الفرق بين مسألة الكتاب على قولهما وبين هذه المسائل، وإلا يلزم أن تكون هذه المسائل ناقضة أصلها.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: فإن الزوج إنما يلزمه حكم الطلاق بإيجابه، وذلك فوق رضاه وعلمه، فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل، فأمَّا هاهُنا فلا إيجاب من جانب المشروط عليه الخيار؛ لما ذكرنا أن حكم الشرط في الخيار لا يثبت حكم العقد في حق المشروط له إلا باختياره، وأنه إنما يملك الفسخ بحكم أن العقد غير لازم لا بإيجاب أحد، ومتى بطل التسليط هاهُنا صارت هذه المسألة كمسألة عزل الوكيل، وهُناك يتوقف على العلم فكذا هنا.

وأمَّا عن الرجعة: فإن الزوج بالرجعة لا يلزمها حكمًا جديدًا؛ لأن الطلاق الذي يثبت به الرجعة لا يرفع النكاح، فكان النكاح ثابتًا بحاله قبل الرجعة، وإنما يثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة، والمعلَّق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، وكلامنا في إلزام الحكم الجديد الذي لم يكن قبل الإلزام شيء من ذلك الحكم، فلا يثبت له ولاية هذا الإلزام إلا بعلم كما في الموكل يعزل وكيله.

وأمَّا عن الطلاق ونحوه: فإنه من الإسقاطات، فلا يلزم من أسقط عنه شيء كإسقاط الحمل عن الدابة لا يكون إلزامًا، إنما اللزوم في جانب من أسقط بأن ذهب ملكه، وكلامنا في الحكم الذي يلزم على الآخر فإنه يتوقف على علمه، كما يتوقف لزوم عزل الوكيل إلى علمه.

وأمَّا خيار الأمة المعتقة: فإنَّها مسألة لا رواية فيها، ثم الجواب عنها إن سلمنا أن

الْمُدَّةِ قَبْلَ الفَسْخِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى وَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ ثَابِتٌ فِي البَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ كَخِيَارِ العَيْبِ وَالتَّعْيِينِ.

الخيار يثبت لها بتخيير الشرع إيَّاها، فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج؛ لأن للشرع ولايةً عليها، وقد مرَّ وجه تخيير الزوج.

وأمَّا مسألة بيع الفضولي: فإنه يرتدّ بيع المتعاقدين بدون علمها عند ردِّ المالك؛ لأن العقد في حق المالك لا يوجد إلا بإجازته؛ لأنه ليس لهما على المالك ولاية، فإذا ردَّ فقد عدَم شرط الثبوت في حقه فانعدم أصلًا في حقه، فارتفع الانعقاد حكمًا؛ لأنه ما انعقد إلا لكينونته بعرض الثبوت في حق المالك بإذنه ليعمل عمله حينئذٍ، وهاهُنا العقد ثابت فكان الفسخ فيه إثبات أمر لم يكن، فيتوقف على العلم.

وأمَّا العِدَّة: فإنَّها لا تجب بالطلاق حتى يتوقف على علم من يجب عليه العدة، ألا ترى أنَّها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك، إلا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه فبقي الحق إلي حين، فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن إقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول، فكان الاعتبار للمتضمِّن لا للمتضمَّن، فكم من شيءٍ ثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، وأمَّا هاهُنا فليس جواز الفسخ لمن له الخيار بتسليط صاحبه؛ لما أنه لا يقدر على الفسخ فكيف يوجد منه التسليط؟ بل الفسخ ثبت له ابتداءً باعتبار أن العقد غير لازم في جانبه، فيتوقف على علم صاحبه كما في عزل الوكيل وفسخ عقد الشركة والمضاربة، هذا كله ممَّا أشار إليه القاضي الإمام أبو زيد رحمه الله في «الأسرار».

قوله: وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ، وهذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما جمعًا وتفرقًا إذا كان الخيار لهم، ثم إنما قيَّد بموت من له الخيار؛ لأنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق بالإجماع، ثم لمَّا بطل الخيار عندنا يلزم البيع، كذا في «المبسوط».

قوله: كَخِيَارِ العَيْبِ وَالتَّعْيِينِ، أي: خيار تعين المبيع، كما إذا اشترى أحد الثوبين على

وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً، وَلا يُتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ،

أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء، وخيار الرؤية على أصلكم، كذا في «الأسرار».

قوله: وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً، بنصب مشيئةً؛ لأنَّها بدل عن خبر ليس، أي: ليس الخيار شيئًا إلا مشيئةً، وإنما قلنا أن الخيار ليس إلا مشيئةً؛ لأن تفسير الشائي أن يكون فاعلًا من ملك واختيار لا عن أمر وإخبار، وهو تفسير الخيار، كذا في «الأسرار».

قوله: وَلا يُتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ، أي: انتقال الخيار؛ لأن مشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرةٍ ولا تنتقل إلى غيره؛ لأنَّها صفة والصفة لا تبقي بدون الموصوف ولا تنتقل إلى غيره كسائر صفاته من القدرة والحياة، وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث، فأمَّا ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث فلا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده، فكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث؛ لأنه إنما يورث ما كان قائمًا، والعقد قول قد مضى فلا يتصور انتقاله إلى الوارث، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لا في العقد، فإن الملك يثبت ولاية الإقالة، ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

فإن قيل: ماذكرتم من عدم احتمال الصفة التوريث منقوض بتوريث الأعيان، فإن المالكية في الأعيان صفة لمالك الأعيان، ثم هي تنتقل من المورث إلى الوارث في حقِّ الأعيان.

قلنا: لا كذلك، بل العين ينتقل إلى الوارث أولًا، وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداءً، لا أن مالكية المورث تنتقل إليه.

فإن قيل: فما يمنعكم من أن تجعلوا في خيار الشرط كذلك، بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث، وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه إلى الوارث.

قلنا: ليس من لوازم المبيع الخيار بل الأصل عدم الخيار، فكم من مبيع ولا خيار له، فلا يلزم من انتقال المبيع إلى الوارث انتقال الخيار، وأمَّا المملوك فلا يتصور بدون المالك.

فإن قيل: قد ينتقل الحق إرثـًا من المورث إلى الوارث بدون أن ينتقل محل الحق وهو

وَالإِرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ،

العين، كما إذا مات وليّ القصاص ينتقل حق القصاص إلى وارثه.

قلنا: لا ينتقل بل يثبت ابتداءً له لتشفي الصدور، ولا يمكن أن يجعل الخيار كالقصاص؛ لأن الخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط، فلا يثبت في حقه، وأمّا تشفي الصدور فأمر يشتمل الكل، إلا أن المورث لتقدّمه على الوارث كان الاستيفاء له، فإذا ماتَ فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان أقرب إليه بعلة كانت ثابتة للخليفة قبل موت المورث.

فإن قيل: قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ترك مالًا أو حقًّا فلورثته»، ذكره في «الأسرار»، والخيار حق فيجب لمن يورث.

قلنا: المراد من الحق هنا هو الحق الذي يقبل الانتقال كخيار العيب والتعين، بدليل ما ذكرنا دفعًا للتناقض، هكذا نقل من «فوائد الإمام مولانا حميد الدين الضرير» رحمه الله.

وذكر في «الأسرار»: فإن قيل: عندنا لا يورث خياره ولا مشيئته، ولكن البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك غير لازم، وللعاقد في العقود التي هي غير لازمة خيار الفسخ كما قلنا في المبيع مع العيب.

قلنا: لنا أن ننظر أن يصير غير لازم بوجوده مع شرط الخيار، أو بثبوت الخيار حقًّا للمشروط له، وبقائه كذلك حقًّا له، فمنع بقاء الخيار اللزوم، وقلنا: صار غير لازم لقيام الخيار حقًّا للمشروط له، بدليل أنه متى سقط بسبب ما صار لازمًا، كما لو اشترى على أنه بالخيار فقبض وتعيّبت السلعة عنده في مدة الخيار أو أسقطه، فكذا في حق الوارث لا يبقى غير لازم إلا ببقاء الخيار الثابت بالشرط، وذلك الخيار ثابت للعاقد صفة له وانقطع بموته، ولم يصير ميراثًا للوارث فيصير البيع لازمًا، كما لو لم يمت فسقط الخيار بالعيب، وهذا كما لا يورث عندكم خيار المجلس لو ماتَ أحدهما في المجلس ويصير البيع لازمًا، وكذلك البيع بأجل غير موجب للمطالبة بالثمن، وإذا مات المشتري وجبت المطالبة بالثمن؛ لأن الحق الثابت بالأجل براءة المشتري عن المطالبة وهو صفته فلا يورث عنه، وإذا لم يورث وجبت المطالبة.

بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّ المُوَرِّثَ اسْتَحَقَّ المَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الوَارِثُ، فَأَمَّا نَفْسُ الخِيَارِ لا يُوَرَّثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِاخْتِلَاطِ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الغَيْرِ لا أَنْ يُوَرَّثَ الخِيَارُ.

قوله: بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّ المُوَرِّثَ اسْتَحَقَّ المَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الوَارِثُ، فكان هذا توريثًا في الأعيان لا في نفس الخيار.

وذكر في «المبسوط»: فأمَّا خيار العيب فلا نقول بأنه يورث، ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت؛ لأن ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث؛ لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء، ألا ترى أن الخيار قد ثبت ابتداءً للوارث وإن لم يكن ثابتًا للمورث، بأن يتعيَّب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث، بخلاف خيار الشرط فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث فلا يمكن التوريث فيه.

وذكر في «الأسرار» في هذه المسألة: فالخيار في مسألتنا هو الحكم الأصلي، وحكمه راجع إلى العقد فلا يبقي الحكم بدون أصله، وفي العيب الحكم الأصلي بالبيع صفة سلامة استحقها المشتري، وحكمه عند عدمها في إثبات الخيار لمالك المبيع فأوجب للوارث لمَّا قام مقامه في ملكه كأنه هو؛ لقيامه مقامه في السبب، ألا ترى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى على أنه بالخيار لم يثبت للموكل بثبوت الملك له، ويثبت له خيار العيب بثبوت الملك له، وكذلك خيار الرؤية لا يورث عندنا، ولكنَّه لما ثبت للمشتري؛ لأنه ملك المبيع مجهول الوصف لعدم الرؤية، والوارث بعد موته قائم مقامه يكون نائبًا عنه في الملك كأنه هو.

وكذلك إذا اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم ويرد الآخر، فمات لم يورث الخيار الثابت بالشرط، وسقط بالموت لكن ورث المبيع وهو مجهول فثبتَ له خيار التعيين، كمن اختلطَ ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين، فصار الأصل أن

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ اشْتِرَاطَ الخِيَارِ لِغَيْرِهِ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ لِغَيْرِهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي، وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لِغَيْرِ العَاقِدِ لا يَثْبُتُ إِلَّا

خيار الفسخ متى كان ثبت بوصف ثابت للمبيع ثبت للوارث لانتقال المبيع إليه بوصفه، فثبت له خيار مبتدأ لا مورث كخيار الإقالة، ومتى ثبتَ الخيار أصلًا بالشرط أو بالصفة ثم تعدَّى حكمه إلى المبيع صحَّ وانقطع بالموت وارتفع حكمه؛ لأن نفسه لا يورث وهو علته فكذلك حكمه لم يورث، ولهذا نقول: أن خيار الشفعة لا يورث؛ لأن مشيئته للشفيع بين أن يأخذ المبيع بشراء، وبين أن يدعه بملك كان له عند الشراء إلا بالقائم عند الأخذ، والخيار لا يورث على ما مرَّ، والملك القائم عند الشراء لم يصر للوارث، وإنما صار له ما بقي بعد موته.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا وَشَرَطَ الخِيَارَ لِغَيْرِهِ، أي: لغير المشتري الذي هو غير البائع أيضًا، بدليل خلاف زفر رحمه الله، فإنه لو اشترى شيئًا بشرط الخيار للبائع، وهو أن يبيع البائع شيئًا على أنه بالخيار يجوز بالاتفاق، علم بهذا أن المراد من عموم اسم الغير هنا هو غير العاقد من المشتري والبائع؛ لأنه ذكر خلاف زفر رحمه الله في هذه المسألة.

قوله: فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، أي: أيُّهما من المشتري ومن شرط له الخيار، أجاز جازَ.

وذكر في «المبسوط»: وإن اشترط المشتري الخيار لغيره، ثم إن الذي له الخيار رد المبيع بمحضر من البائع فهو جائز؛ لأنه قام مقام المشتري في التصرف بحكم الخيار، وكذلك لو كان المشتري هو الذي ردَّه؛ لما أن اشتراط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه.

قوله: لِأَنَّ الخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، أي: لو شرط في العقد يصير حقًّا من حقوق العقد، وواجبًا من مواجبه، وبه صرَّح الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي، أو اشتراط تسليمه على غير المشتري، أو اشتراط الملك لغيره.

بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ العَاقِدِ فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً ثُمَّ يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ (وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الآخَرُ يُعْتَبَرُ السَّابِقُ) لِوُجُودِهِ فِي زَمَانٍ

قوله: فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لَهُ - أي: للعاقد - اقْتِضَاءً، بيانه فيما ذكره القاضي الإمام فخر الدين رحمه الله بقوله: ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد؛ لأنه لا وجه لإثبات الخيار لغير العاقد بطريق الأصالة، ويمكن إثباته بطريق النيابة عن العاقد، فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الأجنبي نائبًا عن نفسه في التصرف بحكم الخيار اقتضاءً، تصحيحًا لتصرف العاقد بقدر الإمكان.

وزفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء.

فإن قيل: تحت هذا التقرير فساد عظيم ينقض قاعدة من قواعد أصول الفقه، فإنه جعل هنا خيار العاقد الذي هو الأصل ثابتًا بطريق الاقتضاء، وقد عرف أن من شرط صحة المقتضي أن يكون هو أحطُّ رتبة وأدون منزلة من المقتضي الذي هو المذكور.

وعن هذا قلنا: لم تثبت الحرية للعبد الحانث في يمينه في قول المولى له: كفِّر يمينك بالمال، وإن كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقًا على التكفير بالمال؛ إذ لا يصح هو بدون الحرية؛ لما أن الحرية أصل وأقوى منزلة من تصرف التكفير، فلم تثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن الإصالة قد تثبت لغير العاقد هنا بوجه آخر فاستوى مع العاقد في الإصالة، فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاءً، وذلك أنَّ شرط الخيار من قبيل الألفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ، وغير العاقد أصل في هذا في حق اللفظ؛ لأنه أثبت له الخيار باللفظ قصدًا، وأمَّا الحرية فليست من خواص اللفظ؛ إذ الحرية تثبت في شراء القريب وإرثه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن جهة التبعية، فلا تثبت في ضمن ما هو تبع لها وهو التكفير، وأمَّا هاهُنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ، فيثبت بطريق الاقتضاء.

لا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ الكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفُ الفَاسِخِ فِي أُخْرَى. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِدِ أَقْوَى؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ مِنْهُ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الفَسْخَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ المَجَازَ يَلْحَقُهُ الفَسْخُ وَالمَفْسُوخُ لا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةُ، وَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ،

قوله: يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ - أي: سواء كان فسخًا أو إجارة - فِي رِوَايَةٍ - أي: في رواية كتاب بيوع «المبسوط» - وَتَصَرُّفُ الفَاسِخِ - أي: ويعتبر تصرف الفسخ سواء كان ذلك الفسخ من العاقد أو من غير العاقد - فِي أُخْرَى - أي: في رواية أخرى، وهي رواية ما دون «المبسوط».

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِدِ أَقْوَى؛ لأن الصادر عن بيانه لا يصلح معارضًا للصادر عن إصالة.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا وكَّل الرجل رجلًا بأن يطلِّق امرأته للسنة، فطلقها الوكيل والموكل وخرج الكلامان معًا، فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينًا.

قلنا: الوكيل في باب الطلاق سفير كالوكيل في باب النكاح، بدليل أن الحالف حانث بفعل كل واحد منهما، فكان الموجود من الوكيل موجودًا من الموكل، فكان الصادر عن كل واحد منهما صادرًا عن إصالة، بخلاف الوكيل بالبيع.

قوله: وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الفَسْخَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ المَجَازَ يَلْحَقُهُ الفَسْخُ وَالمَفْسُوخُ لا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةُ، فإن قيل: لا نسلم أن المفسوخ لا تلحقه الإجارة بل المفسوخ تلحقه الإجارة، ألا ترى أن الخيار إذا كان للبائع أو للمشتري فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشتري، أي: قبل أن يقبضه البائع بحكم الإقالة، فعلى المشتري الثمن إن كان الخيار له، والقيمة إن كان الخيار للبائع؛ لأن تمام الفسخ بالتسليم إلى البائع، ثم قال في «المبسوط»: وهذا لأن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه، حتى لو تقاسما ثم تراضيا على فسخ الفسخ

وَقِيلَ الأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَاسْتِخْرَاجُ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الوَكِيلُ مِنْ رَجُلٍ وَالمُوَكِّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُوَكِّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَالبَيْعُ

وعلى إعادة العقد بينهما جاز، وفسخ الفسخ ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ.

قلنا: هذا لا يلزم؛ لأنا قلنا: الإجازة لا ترد على المنتقض ولا إجارة فيما ذكرتم، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: والصحيح ما ذكر في المأذون؛ لأن النقض أقوى من الإجازة، فإن النقض يرد على الإجازة، والإجارة لا ترد على النقض، والأدنى لا يعارض الأقوى كنكاح الحرة مع الأمة إذا اجتمعا يصح نكاح الحرة؛ لأن نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة، ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة.

قوله: وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَعْتَبِرُهُمَا، أي: يعتبر تصرف الموكل وتصرف الوكيل، ويجعل العبد مشتركًا بالنصف بين المشترين، ويخير كل واحد من المشترين، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع.

فإن قيل: لمَّا اعتبر تصرفهما أبو يوسف رحمه الله في مسألة بيع الوكيل والموكل، كيف يستخرج من ذلك أن تصرف الفاسخ أوْلَى عنده في مسألتنا.

قلنا: يعلم من ذلك أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد رحمه الله، فلمَّا لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسألة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف، فلمَّا لم يثبت الرجحان هناك ليصرف المالك لمالكيته، والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه، لما ذكرنا أنه وارد على الإجازة لا على العكس رجَّحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ؛ لأنه لا يعارض لهذا الرجحان شيء بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به.

فَاسِدٌ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ جَازَ البَيْعُ) وَالمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: أَنْ لا يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَلا يُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ الوَجْهُ الأَوَّلُ فِي الكِتَابِ وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ كَالخَارِجِ عَنِ العَقْدِ، إِذِ العَقْدُ مَعَ الخِيَارِ لا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الحُكْمِ فَبَقِيَ الدَّاخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، وَالوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَيُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ المَذْكُورُ ثَانِيًا فِي الكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ وَالثَّمَنَ مَعْلُومٌ، وَقَبُولُ العَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ - وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِانْعِقَادِ العَقْدِ فِي الآخَرِ -

قوله: وَالمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، فوجه الانحصار على هذه الأربعة ضروري؛ لأن الاثنين إذا دار في الاثنين يكون أربعة لا محالة، وهُنا كذلك؛ وذلك لأن الخيار وتفصيل الثمن كليهما معًا موجودان في العبدين، أو هما غير موجودين، أو وجد الخيار دون تفصيل الثمن، أو على العكس، والبيع في الوجه الأول فيما ذكرنا من الأوجه جائز دون الأوجه الثلاثة.

قوله: وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ، أمَّا جهالة المبيع فهي ما ذكرنا في الكتاب، فإن الذي فيه الخيار لمَّا لم يكن معلومًا وهو غير مبيع، كان الآخر هو المتعين؛ لكونه مبيعًا غير معلوم، وأمَّا جهالة الثمن؛ فلأنه لو ثبتَ حكم العقد في الذي لا خيار له يثبت بحصته من الثمن وهو غير معلوم، وجهالة المبيع أو الثمن توجب فساد العقد فجهالتهما أولى.

قوله: وَقَبُولُ العَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الخِيَارُ، جواب شبهة وهي أن يقال: ينبغي أن يفسد البيع في هذه الصورة أيضًا؛ لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد؛ لأن العبد الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكمًا، وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر، فكان بمنزلة من جمع بين قنٍّ وحرٍّ وباعهما وأنه لا يجوز وإن فصل الثمن؛ لما ذكرنا أنه جعل قبول العقد في الحر شرطًا لصحة العقد في القنِّ وإنه شرط مفسد، فقال: ليس هذا كذلك، فإن الحر غير داخل في العقد لا انعقادًا ولا حكمًا؛ لأنه ليس بمحل للبيع أصلًا، فلذلك كان قبول

وَلكِنَّ هَذَا غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ، وَالثَّالِثُ: أَنْ يُفَصِّلَ وَلا يُعَيِّنَ. وَالرَّابِعُ: أَنْ يُعَيِّنَ وَلا يُفَصِّلَ، وَالعَقْدُ فَاسِدٌ

العقد فيه شرطًا مفسدًا للعقد في القنِّ، وأمَّا هاهُنا الذي فيه الخيار محل للبيع وكان داخلًا تحت البيع في حق الانعقاد وإن لم يكن داخلًا في الحكم، فكان نظيره من جمع بين قنٍّ ومدبرٍ وباعهما بألف صحَّ البيع في القنِّ بحصته من الثمن، وإن تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر؛ لأن المدبر داخل تحت البيع، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فكان قبوله شرطًا صحيحًا، كذا هنا، وكذا هذا لو كان الخيار للمشتري، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَالثَّالِثُ: أَنْ يُفَصِّلَ وَلا يُعَيِّنَ، أي: أن يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار، بأن قال: بعتُ منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمس مائة على أنّي بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فهو فاسد لجهالة المبيع.

قوله: وَالرَّابِعُ: أَنْ يُعَيِّنَ - الذي فيه الخيار - وَلا يُفَصِّلَ، ثمن كل واحد منهما فقال: بعتُ منك هذين العبدين بألف على أنّي بالخيار في هذا العبد بعينه ثلاثة أيام، وهو فاسد لجهالة الثمن، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الوجه الأول الذي لم يفصل الثمن ولم يعين الذي فيه الخيار، والوجه الرابع الذي عيّن فيه الخيار ولم يفصّل الثمن، وبين الذي اشترى عبدين بألف درهم، فإذا أحدهما مدبَّر أو مكاتب، أو كان المبيع جاريتين فإذا إحداهما أم الولد، فإن العقد ينعقد صحيحًا في القنِّ وإن لم يكن فيه تفصيل الثمن، وكان الانعقاد في القنِّ بالحصة؛ لما أن العقد لا ينعقد في المدبر والمكاتب وأم الولد، حتى لو حلف لا يبيع فباعَ هؤلاء لا يحنث، وفي البيع بشرط الخيار يحنث فكان أوْلَى أن يكون قِرَان المدبر ونحوه مفسدًا لبيعِ القنِّ، ومع ذلك لم يكن القبول في هؤلاء شرطًا مفسدًا للبيع في القنِّ عند عدم تفصيل الثمن، وأفسد عدم تفصيل الثمن بيع الذي ليس فيه الخيار فيما نحن فيه.

قلتُ: من مشايخنا رحمهم الله تعالى من لم يشتغل بالفرق بينهما وقال: قياس ما ذكره هاهُنا أن لا يجوز العقد في القنِّ في تلك المسائل، ويصير ما ذكر هاهُنا رواية في تلك المسائل،

فِي الوَجْهَيْنِ: إِمَّا لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَوْ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح، والفرق ما ذكرنا أنَّ شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم كالمعدوم فيما يشترط فيه الخيار، وإذا لم ينعقد العقد في حق الحكم في حق المشروط فيه الخيار لو انعقد في حق الآخر ينعقد ابتداءً بالحصة، والعقد لا ينعقدُ ابتداءً بالحصة، أمَّا في حق المدبر والمكاتب وأم الولد العقد منعقد في حق الحكم إذا لم يوجد في حقهم ما يمنع انعقاد العقد، ولهذا لو قضى القاضي يجوز، لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة، والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم، فلا ضرورة إلى أن يجعل العقد غير مباشر في حق الحكم كما انعقد في حق الثمن، ثم وجبَ قسمة الثمن بعد ذلك عند فسخ العقد على هؤلاء، والانقسامُ أبدًا يكون بالحصة ولا يوجب خللًا في العقد، كما لو جمعَ بين عبدين وأحدهما عنده وباعهما صفقةً واحدةً، وفيما نحن فيه البيع مقيد بالخيار، فالحاصلُ أن المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقترن بالعقد لفظًا ومعنًى فأثَّر المفسد، وفي بيع القن مع هؤلاء المانع مقترن بالعقد معنىً لا لفظًا فلم يؤثر المفسد، ونظيره المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المولى البيع جاز الإعتاق، والمشتري ممَّن باع على أنه بالخيار إذا أعتق ثم أجاز لا ينفذ؛ لما أشرنا إليه، كذا في «الذخيرة»، و«الفوائد الظهيريَّة».

ثم اعلم أن مسألة الكتاب وهي ما إذا باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما نظير دليل الخصوص، فدليل الخصوص يشبه الناسخ من حيث الصيغة على معنى أن الخيار لا يمنع دخولهما تحت الإيجاب، ويشبه الاستثناء من حيث الحكم على معنى أن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فلشبهه بالناسخ إذا عين الذي فيه الخيار وبين الثمن يجوز لدخوله تحت لإيجاب، بخلاف الحر أو الميتة فإنه لا يدخل في الإيجاب، فيفسد البيع هناك فصل الثمن أو لم يفصل، ولشبهه بالاستثناء إذا لم يعين الذي فيه الخيار ولم يفصل الثمن لا يجوز، وأمَّا الذي يشبه الناسخ في البيع من كل وجه ما إذا باع عبدين فماتَ أحدهما قبل التسليم، أو استحق، أو وجد مدبرًا، والذي يشبه الاستثناء فيه من كل وجه ما إذا أضيف البيع إلى حر وعبد بثمن واحد، أو أضيف البيع إلى حيٍّ وميت على ما هو المعروف في أصول الفقه.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِعَشَرَةٍ وَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَةُ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةَ أَثْوَابٍ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ) وَالقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ البَيْعُ فِي الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ شَرْعَ الخِيَارِ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الغَبْنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الأَرْفَقُ وَالأَوْفَقُ،

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ، هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على البعض مجازًا؛ لأن المشتري اشترى أحد الثوبين لا الثوبين على ما يذكر في الكتاب، فكان هذا نظير قوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنهُمَا اللُّؤلُؤُ وَالمرجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، أضاف الخروج إليهما وإن كان من أحدهما فكذا هنا.

وذكر فخر الإسلام رحمه الله: وإنما قال: اشترى ثوبين وإنَّما اشترى أحدهما مجازًا؛ لاحتمال أن يكون كل واحد منهما هو المبيع.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ البَيْعُ فِي الكُلِّ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، كما لو قال: بعتُ منك أحد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار، وكما لو كانت الثياب أربعة وذكر الخيار أو لم يذكر فإن المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها، وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد، ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسدًا لجهالة المبيع، وكذلك لو لم يشرط الخيار لنفسه كان العقد فاسدًا لجهالة المبيع، فكذلك إذا شرط الخيار؛ لأن شرط الخيار يزيد في معني الغرور ولا يزيله.

وجه الاستسحان أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه شرطَ الخيار لنفسه ولحكم خياره يستبدُّ بالتعيين، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة فلا يمنع صحة العقد، كما لو اشترى قفيزًا من الصبرة، بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي إلى المنازعة، وبخلاف ما إذا لم يسم لكل ثوب ثمنًا؛ لأن هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول وإنما فسد العقد بجهالة الثمن، ثم الجهالة التي يتمكَّن بسبب عدم تعيين المبيع معتبرة بالغرر الذي يتمكن بسبب شرط الخيار، وذلك يتحمل في الثلاث وما دونه ولا يتحمل في الزيادة على ذلك،

وَالحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوْعِ مِنَ البَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ أَوِ اخْتِيَارِ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجْلِهِ، وَلا يُمَكِّنُهُ البَائِعُ مِنَ الحَمْلِ إِلَيْهِ إِلَّا بِالبَيْعِ فَكَانَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ الحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِالثَّلَاثِ لِوُجُودِ الجَيِّدِ وَالوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فِيهَا، وَالجَهَالَةُ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعْيِينِ مَنْ لَهُ الخِيَارُ، وَكَذَا فِي الأَرْبَعِ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ إِلَيْهَا غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالحَاجَةِ وَكَوْنُ الجَهَالَةِ غَيْرَ مُفْضِيَةٍ إِلَى المُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا.

ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا العَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، وَهُوَ

فكذلك هذا اعتبارًا للمحل بالزمان؛ وهذا لأن احتمال هذه الجهالة لأجل الحاجة، وهي متحققة في المحل حسب تحققها في الزمان على ما ذكر في الكتاب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوْعِ مِنَ البَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لأن الإنسان قد يشتري شيئًا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه إلى السوق، والبائع لا يسمح برؤيته بالدفع إليه إلا أن يبتاعه، والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو، فتمس حاجته إلى البيع على هذا الوجه.

وقوله: وَلا يُمَكِّنُهُ البَائِعُ - من التمكين - مِنَ الحَمْلِ إِلَيْهِ، أي: إلى من يثق به.

قوله: فَكَانَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ، وهو شرط الخيار ثلاثة أيام، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالحَاجَةِ وَكَوْنُ الجَهَالَةِ يُحرِّكُونَ، أي: والرخصة إنما تثبت شرعًا بوصفين: وهما الحاجة، وعدم إفضاء الجهالة إلى المنازعة، فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا، وهو الحاجة، فلا يثبت الرخصة وإن كان الآخر موجودًا وهو عدم إفضاء الجهالة.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا العَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»: وهو الصحيح - وَقِيلَ: لا يُشْتَرَطُ،

المَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقِيلَ: لا يُشْتَرَطُ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ، فَيَكُونُ ذِكْرُهُ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ وِفَاقًا لا شَرْطًا؛ وَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارَ الشَّرْطِ لا بُدَّ

قال فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير»: والصحيح عندنا أنه ليس بشرط، كذلك ذكر في «الجامع»، وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فعلى قول هذا القائل إذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما، وعلى قول الكرخي رحمه الله له أن يردهما؛ لأن عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»: وضع محمد رحمه الله المسألة هاهُنا فيما إذا بيَّن مدة الخيار فقال: يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم، وهو بالخيار ثلاثة أيام، وهكذا ذكر في المأذون، ووضع المسألة في «الجامع» وغيره على أن يأخذ أيهما شاء بكذا، ولم يذكر الزيادة.

واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة؛ لأن خيار التعيين ممَّا لا يتوقت فلا يتعلق به جواز العقد بتلك الزيادة، وذكر هذه الزيادة في الكتاب وقع اتفاقًا.

وقال أكثر المشايخ: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتًا معلومًا ثلاثة أيام فما دونها في قول أبي حنيفة رحمه الله، وزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك ثبتَ له خيار الشرط مع خيار التعيين، فإن ردَّهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، فإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردّهما ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما، وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى للوارث خيار التعيين، فلا يردهما الوارث وله أن يرد أحدهما.

وذكر في «الذخيرة»: هذا إذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري، فإن حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بأن قال البائع: بعتُك أحد هذين الثوبين على أنِّي بالخيار، أعني المبيع في أحدهما دون الآخر، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة لا في بيوع «الأصل»

مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا، ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ، وَفِي بَعْضِهَا: اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي الحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاسْتِعَارَةٌ.

وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ البَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ لِلْأَمَانَةِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ

ولا في «الجامع الصغير»، وذكر الكرخي رحمه الله في «مختصره»: أنه يجوز استحسانًا، قالوا: وإليه أشار في المأذون؛ لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري، فيجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط، وذكر في «المجرد» أنه لا يجوز؛ لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما جوِّز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأوفق بحضرة من يقع الشراء له، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع؛ لأنه لا حاجة إلى اختيار الأوْفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس.

قوله: وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا، أي: زائدة على الثلاثة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن أبا يوسف أخذ بالقياس في قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما.

قلنا: قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق، فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط واردًا فيه، وأمَّا خيار التعيين من جنس خيار الشرط؛ لأن في كل منهما خيارًا بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردًا في خيار التعيين.

قوله: وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَزِمَهُ البَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ لِلْأَمَانَةِ، يعني: إذا هلك الآخر بعد ما هلك الأول، أو تعيب، فلا يلزم عليه شيء من قيمة الآخر.

فإن قلتَ: لا يكون قبض الآخر أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك تجب القيمة عند الهلاك فينبغي أن يكون هنا كذلك.

قلتُ: لا كذلك؛ لأن قبض أحدهما حصل على حقيقة البيع، والآخر بإذن المالك لا على حقيقة البيع، ولا على جهته؛ لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه حتى يكون قابضًا بجهة

بِالتَّعَيُّبِ، وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا يَلْزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشُيُوعِ البَيْعِ

العقد، فلمَّا لم يكن مقبوضًا بجهة العقد وقد قبضه بإذن المالك كان قبض أمانة فيهلك أمانة فلا يجب عليه شيء من قيمته، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله.

فإن قلتَ: فكيف انعكس هنا حكم المسألة مع حكم مسألة الطلاق والعتاق، وهو ما إذا طلق إحدى امرأتيه، أو أعتق أحد عبديه، ثم ماتت أحدهما فتعين الباقية للطلاق دون الهالكة، وكذلك في العتاق، وهاهُنا يتعين الهالك للبائع؟

قلتُ: قال علي القمِّي رحمه الله: لا فرق بين المسألتين في الحاصل؛ لأن في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه، أمَّا العبد فلأنه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد، وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حتى يتعين الباقية للطلاق، فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا، إلا أنَّ الصحيح ما ذكرنا من الفرق بينهما، ووجه الفرق فيه هو أن العبد لمَّا أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلًّا للرد؛ لأنه عجز عن ردِّ ما اشترى كما اشترى، فتعين العقد فيه وتعيَّن الباقي للرد ضرورة.

وأمَّا في الطلاق والعتاق فحين أشرفت على الهلاك لم يبق محلًّا لوقوع الطلاق عليها، فلو وقع الطلاق عليها إنما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت، فيتعيَّن الباقية للطلاق، وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فهلك أحدهما عنده فإنه لا يرد الباقي؛ لأن العقد تناولهما جميعًا، ألا ترى أنه يملك إتمام العقد فيهما، فبعد ما تعذَّر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقه على البائع قبل التمام، وهاهُنا العقد يتناول أحدهما، ألا ترى أنه لا يملك إتمام العقد فيهما، فبعد ما هلك أحدهما أو تعيب كان له رد الباقي، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا يَلْزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وإنما قيَّد بقوله: مَعًا؛ لما ذكرنا أنَّهما لو هلكا على التعاقب تعيَّن الأول للبيع فيجب تمام ثمنه، وتعيَّن الثاني للأمانة فلا يجب من ثمنه شيء، وأمَّا لو هلكا معًا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما ليس بأوْلَى من الآخر لكونه مبيعًا، وكذلك لو هلكا على التعاقب ولكن لا يدري

وَالأَمَانَةِ فِيهِمَا، وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا، وَلَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ

السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما، ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وإن هلكا معًا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما إن كان الثمن متفقًا أو مختلفًا؛ لأن أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك في يده والآخر أمانة، وليس أحدهما لتعيّنه مبيعًا أوْلَى من الآخر؛ لأن حالهما قبل الهلاك سواء، فبعد الهلاك لا يتحقق تعيّن المبيع في أحدهما، فللمعارضة قلنا: يشيع حكم الأمانة وحكم البيع فيهما، فيكون هو أمينًا في نصف كل واحد منهما مشتريًا في نصف كل واحد منهما؛ ولأن كل واحد من الثمنين يلزم من وجه دون وجه، فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما.

فإن قلتَ: كما أنه تعذر ردّهما أو ردّ أحدهما بعد الهلاك، فكذلك تعذر ردهما أو ردّ أحدهما بعد أن حدث العيب بِهما؛ لأنه لا يمكنه ردهما أو رد أحدهما كما قبض، وقد ذكر في «المبسوط»: له أن يرد أيّهما شاء بعد حدوث العيب بِهما معًا، فما وجهه؟

قلتُ: إن الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلًّا لتعيين البيع فيه، والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلًّا لتعيين البيع أيضـًا، فلهذا يبقى خياره بعد ما تعيّبا معـًا؛ إذ ليس أحدهما لتعيين البيع فيه أوْلَى من الآخر، ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب؛ لأن العقد قد لزمه في المبيع منهما بالتعيب، فيسقط خيار الشرط فيه فلهذا لا يتمكن من ردِّهما، وإذا رد أحدهما في القياس يرد معه نصف قيمة المعيب اعتبارًا للجزء بالجملة.

وفي الاستحسان: ليس عليه رد شيء من حصة عيبه؛ لأن من ضرورة تعيين أحدهما للبيع تعين الآخر للأمانة، وتعيب الأمانة في يد الأمين لا يوجب عليه شيئًا من الضمان؛ وهذا لأن بالقبض ما لزمه إلا ضمان ثمن أحدهما، ألا ترى أنّهما لو هلكا لم يلزمه إلا نصف ثمن كل واحد منهما، وقد وجبَ عليه كمال ثمن أحدهما وهو الذي عينه للبيع، فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الآخر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا؛ لأنه أمين في أحدهما فيردّه بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده، وإن اختار أحدهما لزمه

الخِيَارُ فَلِوَارِثِهِ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لِأَنَّ البَاقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلاخْتِلَاطِ، وَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الوَارِثِ، وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ لا يُورَثُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ المِلْكَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ وَذَلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ سُقُوطَ الخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ فَيَثْبُتُ المِلْكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - خَاصَّةً.

ثمنه؛ لأنه عيَّن البيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينًا، فإن ضاعَ عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، إشارة إلى أوَّل التعليل بقوله: لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ المِلْكَ، إلى آخره، وإنما ذكر هذا؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله خيار المشتري مانع لدخول المبيع في ملكه، فاحتيج إلى هذا التكليف ليكون دليلًا على ثبوت الملك عنده، وأمَّا عندهما فالمبيع يدخل في ملك المشتري، فلا يحتاج إلى التقدير الذي يؤدي إلى اختيار الملك.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أمَّا وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما؛ لأنه ملك الدار المبيعة، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه صار أحق بالتصرف فيها، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بِها كالمأذون المستغرق بالدين، والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما، فإنَّهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة دارهما، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصر أحق للتصرف فيها.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: اشترى دارًا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره، هو المختار من الرواية، بخلاف خيار الشرط؛ لأن هذا دليل للرضا

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُمَا بِالخِيَارِ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ خِيَارُ العَيْبِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ، لَهُمَا أَنَّ إِثْبَاتَ الخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ. وَلَهُ أَنَّ المَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ وَفِيهِ إِلْزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَلَيْسَ

فيعتبر بصريح الرضا، ولو قال: رضيتُ، يبطل به خيار الشرط ولا يبطل به خيار الرؤية، كذا هنا، وكذا يبطل خيار العيب بأخذ الشفعة.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ خِيَارُ العَيْبِ، يعني إذا اشترى الرجلان عبدًا، أو رضي أحدهما بعيب فيه، وكذلك خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، بأن اشتريا شيئًا لم يرياه، ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرد ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك.

قوله: فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب؛ وذلك لأن البائع بتقدير الردِّ لا يمكن من الانتفاع به إلا بطريق التهايؤ، وكان قبل البيع متمكنًا من الانتفاع متى شاء، والخيار يثبت ليختار من له الخيار ما هو الأوفق على وجه لا يلحق الضرر لغيره.

فإن قيل: البائع رضي بالتبعيض لما باعه منهما.

قلنا: إنَّما رضي في ملكهما لا في ملك نفسه، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والتمرتاشي.

وذكر في «المبسوط»: ولئن كان البائع راضيًا بعيب التبعيض فإنما رضي به في ملك الغير، وذلك لا يدل على أنه رضي به في ملك نفسه، ألا ترى أن المشتري لو زوج المبيعة ثم وجدَ بها عيبًا لا يردها؛ لأنَّها تعيبت بعيب النكاح وقد سلط البائع على تزويجها وذلك أقوى من الرضا بتصرفه، ولكن إنما رضي به في ملك الغير لا في ملك نفسه.

ولا يقال: بأن هذا العيب حدث في يد البائع؛ لأن تفرق الملك يثبت بالعقد قبل القبض؛ لأنا نقول: إنه وإن حدث في ملك البائع لكن إنما حدث بفعل المشتري، والمشتري

مِنْ ضَرُورَةِ إِثْبَاتِ الخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ وَكَانَ بِخِلَافِهِ فَالمُشْتَرِي بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)؛ لِأَنَّ هَذَا وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيُسْتَحَقُّ

إذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره، إلا أن هذا العيب بعرض الزوال بأن يساعده الآخر على الرد، فإذا انعدم ذلك ظهرَ عمله في المنع من الرد، ولا معنى لما قالا: إن في امتناع الرد ضررًا على الرادِّ؛ لأن هذا ضرر يلحقه بعجزه عن إيجاد شرط الردِّ، لا بتصرف من الغير.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ، إلى قوله: لِأَنَّ هَذَا وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ، فإن قلتَ: فلِمَ جاز البيع هنا بهذا الشرط مع أن مثل هذا الشرط مفسد للبيع، كما لو باع شاةً على أنَّها حامل، أو باعها على أنَّها تحلب كذا؛ فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسدٌ، مع أنه وصف مرغوب فيه؟

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر؛ لأن الحبل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدرى أن انتفاخ[1] بطنها من ريح أو ولد، وأن الولد حيٌّ أو ميت، والمجهول إذا ضمَّ إلى المعلوم يصير الكل به مجهولًا.

وكذلك إن شرط أنَّها تحلب كذا فالبيع فاسد؛ لأنه لا يدري لعل الشرط باطل، يعني: أنَّ اشتراط مقدار من المبيع ليس في وسع البائع تحصيله، ولا طريق له إلى معرفته كان شرطًا مفسد للعقد، حتى لو اشترط أنَّها حلوب أو لبون، ذكر الطحاوي رحمه الله: أن هذا شرط لا يفسد به العقد؛ لما أن هذا شرط وصف مرغوب فيه، وكذلك **قوله: عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ،** كان من قبيل بيان الوصف لا من قبيل الشرط؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفته سبيل

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): الانتفاجُ: بالجيم الضخامة، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشراط السَّاعة انتفاجُ الأهلية»، صحَّ بالجيم في نسخة «المبسوط» المصحَّحة بتصحيح الإمام حسام الدين المرغيناني رحمه الله، انتهى.

فِي العَقْدِ بِالشَّرْطِ، ثُمَّ فَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ، وَهَذَا يَرْجِعُ

للبائع، كما إذا اشترى فرسًا على أنه هملاج[1]، أو اشترى كلبًا على أنه صائدٌ فإنه يجوز، كذا هاهُنا، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن هذا الوصف لمَّا كان وصفًا مرغوبًا فيه، ولمعرفته سبيل بأن يأمره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع، بأنه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط، فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطًا كان ممَّا يقتضيه العقد؛ لأن العقد يقتضي أن يكون المبيع والثمن معلومًا بحاله من الأوصاف، وذكر الشرط إذا كان ممَّا يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما يأتِي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسد إن شاء الله تعالى.

وذكر في «الذخيرة»: قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: وإذا اشترى الرجل من آخر عبدًا على أنه كاتب أو خباز فالبيع جائزٌ، فإن قبضه المشتري ووجده كاتبًا أو خبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد؛ لوجود المشروط، فإن المستحق بمطلق الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية في الجودة، كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد أدنى ما ينطلق عليه الاسم، لا النهاية في الجودة، كذا هنا.

و قوله: أدنى ما ينطلق عليه الاسم، معناه: أن يفعل من ذلك ما يسمَّى الفاعل به خبازًا أو كاتبًا؛ وهذا لأن كل واحد في العادة لا يعجز من أن يكتب على وجه يستبين حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى كاتبًا وخبازًا، فشرط الإتيان بأدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز باعتبارٍ، ولهذا قال: وإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز، ومعناه أن لا يعرف ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبًا أو خبازًا كان للمشتري الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن؛ لأنه فاتَ عليه شرط مرغوبٌ فيه، فيقوّم العبد كاتبًا أو خبَّازًا على أدنى ما يطلق عليه الاسم؛ إذ هو المستحق

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): الهَمْلَجَة: مشي الهملاج من البراذين، وهي مشي سهل كالرَّهوجة، انتهى، أقولُ: كذا في «الصحاح»، و«المغرب»، والمراد من الهَمْلَجة: الحَسَن السَّير في سرعةٍ وبخترةٍ.

إِلَى اخْتِلَافِ النَّوْعِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، فَلَا يَفْسُدُ العَقْدُ بِعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةِ وَصْفِ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ،

بالشرط، ويقوّم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فإن كان مثلًا العشر يرجع على البائع بعشر الثمن كما في خيار العيب، وإن كان التفاوت مثلًا الخمس يرجع على البائع بخمس الثمن.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه ليس للمشتري أن يرجع على البائع هاهُنا بشيءٍ؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنما كان بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط للمشتري لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيءٍ، ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري هاهنا ما كان بحكم الشرط، وليس أثر الشرط في إثبات الخيار للمشتري، بل أثره في صيرورة المشروط مستحقًّا بالعقد، ثم ثبوت الخيار لعجز البائع عن تسليم ما صار مستحقًّا للمشتري بالعقد، فصار كعجز البائع عن تسليم المبيع على صفة السلامة، فإن وقع الاختلاف بين المشتري وبين البائع في هذه الصورة بعدما مضى حينٌ من وقت البيع فقال المشتري: لم أجده كاتبًا ولا خبازًا، وقال البائع: إنِّي سلمتُه إليك كاتبًا وخبازًا، ولكنه نسيَ ذلك عندك، وقد يُنسى ذلك في مثل تلك المدة، فالقول قولُ المشتري؛ لأن الاختلاف وقعَ في وصفٍ عارضٍ؛ لأن الأصل عدم الكتابة والخبز.

قال في «الجامع»: وكذلك لو قال البائع: هو الساعة كما شرطت، وقال العبد: أنا كذلك إلا أنِّي لا أفعل، كان القول قول المشتري، ولا يعتبر قول العبد؛ إمَّا لأنه لا شهادة له، أو لأنه شهادة فردٍ.

وإذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز، وهي تحسن ذلك فنسيت في يد البائع ردَّها؛ لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة، وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستقاق بحكم الشرط.

قوله: بِمَنْزِلَةِ وَصْفِ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ، مثل الفرس، والبقر، والغنم، بخلاف الذكورة والأنوثة في بني آدم؛ فإنَّها تورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت؛ لما

وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً فِي العَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ.

عُرف في باب المهر من النكاح.

قوله: وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، لكن لو امتنع الرد بسبب حدوث عيب في يد المشتري يرجع بالنقصان على البائع، كما ذكرناه في رواية «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ)

باب خيار الرؤية

لمَّا شرع في بيان باب الخيارات قدم ما هو أكثر تأثيرًا في العقد، ثمَّ وثمَّ إلى أن أتمَّ، وذلك لما ذكرنا أن خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم، وخيار العيب يمنع لزوم الحكم، فنحتاج هاهُنا إلى بيان صورة مسألة خيار الرؤية، وإلى بيان مشروعيته، وإلى بيان مواضع ما يثبت فيه خيار الرؤية، وإلى بيان أنه في أيِّ وقت يثبت، وإلى بيان أنه يثبت مطلقًا أم مؤقتًا، وإلى بيان حكمه، وإلى بيان ما يسقط.

أمَّا بيان الأول منه: فقد ذكر في «الذخيرة» فقال: صورة مسألة خيار الرؤية هو أن يقول الرجل لغيره: بعتُ منك الثوب الذي في كمِّي هذا وصفته كذا، أو الدُّرَّة التي في كفِّي هذه وصفتها كذا، أو لم يذكر الصفة أو يقول: بعتُ منك هذه الجارية المتنقبة، وأمَّا إذا قال: بعتُ ما في كمي هذا، أو ما في كفي هذه من شيءٍ، هل يجوز هذا البيع؟ لم يذكره في «المبسوط»، قال عامَّة مشايخنا رحمهم الله: فإطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا، ومنهم من قال: لا يجوز هاهُنا، وأشار في «المبسوط» إلى أن صورة مسألة خيار الرؤية التي اختلفنا فيها نحن والشافعي رحمه الله فيما إذا أشار إلى المعقود عليه، أو إلى مكانه، بأن أشار إلى جارية قائمة بين يديه متنقبة، أو أشار إلى مكانِها، وليس في ذلك المكان مسمًّى بذلك الاسم غيرها، وأمَّا لو قال: بعتُ منك عبدًا، ولم يشر إليه ولا إلى مكانه، لا يجوز البيع بالإجماع، حيث جعل هذه المسألة الأخيرة فيه مقيسًا عليه للإمام الشافعي رضي الله عنه.

وذكر في «الأسرار» ذلك، أي: الذي اختلفنا فيه في شراء عبدٍ أو أمةٍ متنقبة مشار إليها حاضرة فإنه جائز عندنا، وله الخيار إذا كشفت، وعنده لا يجوز، وكذلك الدرة في الحقة

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ)

الحاضرة المشار إليها، وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمِّي، والمكان معلوم باسمه، والعين معلوم في هذه المسائل، ثم قال: لأن كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزًا، أي: بالإجماع.

وأمَّا بيان مشروعيته: قال أصحابنا رحمهم الله بأن خيار الرؤية مشروعٌ في شراء ما لم يره المشتري، فيجوز الشراء ويثبت له الخيار إذا رآه، وقال الشافعي رحمه الله: إن لم يكن جنس المبيع معلومًا للمشتري فالعقد باطل قولًا واحدًا، وإن كان جنس المبيع معلومًا فله فيه قولان، كذا في «المبسوط».

وأمَّا بيان وقت ثبوت الخيار فنقول: يثبت الخيار عند رؤية المشتري لا قبلها، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع ولا يسقط الخيار، وهل يملك الفسخ قبل الرؤية؟ لا رواية في هذا، واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: لا يملك الإجازة قبل الرؤية، فلا يملك الفسخ؛ لأن الخيار لم يثبت، وبعضهم قالوا: يملك الفسخ لا بسبب الخيار؛ لأنه غير ثابت، ولكن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، والعقد الذي ليس بلازم يجوز فسخه كالعارية والوديعة، كذا في «التحفة».

وذكر في «شرح الطحاوي» مطلقًا بقوله: ويجوز الرد قبل الرؤية؛ لأن الرد بخيار الرؤية فسخ وقبل الرؤية أقرب إلى الفسخ، والرضاء به قبل الرؤية لا يجوز، وله الخيار إذا رآه؛ لأن إقدامه على الشراء كان رضًا منه، ومع ذلك يثبت له الخيار في الرد، وكذلك إذا رضي به قبل الرؤية.

وأمَّا بيان مواضعه: فقد ذكر في «شرح الطحاوي»، و«الذخيرة»: وخيار الرؤية إنما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالإجارة، والصلح عن دعوى مال، والقسمة، والشراء، وما أشبه ذلك من العقود التي ينفسخ العقد بردِّه، ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ بردِّه، كالمهر وبدل الخلع، وبدل الصلح عن القصاص، وما أشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونًا بنفسه، لا بما يقابله؛ لأن الرد في هذه المواضع لا يفيد؛ لأنه بالرد لا يرتفع

بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُّ العَقْدُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مَجْهُولٌ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ إِذَا

العقد، وقيام العقد يوجب مطالبة العين، فإذا قبض يرده أيضًا فيؤدِّي إلى ما لا يتناهي، وكذلك الردُّ بالعيب الفاحش واليسير إنما يثبت في حق كل عقد ينفسخ بالرد فيكون مضمونًا بنفسه، لا بما يقابله كالمهر وبدل الخلع؛ فإنه لا يرد بالعيب اليسير، وإنما يرد بالعيب الفاحش؛ لأنه لا فائدة في الرد بالعيب اليسير؛ لأنه لو ردَّه يرجع ببدله، وقد يدخل العيب اليسير في بدله أيضًا، فيحتاج إلى الرد.

وأمَّا بيان أن الخيار مطلق أم مؤقت: اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يثبت مطلقًا فيكون له الخيار في جميع العمر، إلا إذا وجد ما يسقطه، وبعضهم قالوا: مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكَّن من الفسخ ولم يفسخ سقط خيار الرؤية، وإن لم يوجد منه الإجارة والرضا صريحًا أو دلالةً.

وأمَّا حكمه: فهو التخيير بين الإجازة والفسخ، ولا يمنع ثبوت الملك في البدلين ولكن يمنع اللزوم، بخلاف خيار الشرط.

وأمَّا ما يسقط به الخيار فنقول: إن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحًا، بأن قال المشتري: أسقطتُ خياري، كذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله، لا قبل الرؤية ولا بعدها، بخلاف خيار الشرط، وخيار العيب، ثم خيار الرؤية إنما يسقطُ بصريح الرضا، ودلالة الرضاء بعد الرؤية لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر الفسخ، وبلزوم العقد حكمًا، وضرورةً، قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه يجوز أن يثبت بالشيء ضرورةً وإن كان لا يثبت قصدًا، كالموكل لا يملك عزل الوكيل بدون علمه قصدًا، ويملك ضرورة بأن باع الموكل بنفسه فينعزل الوكيل، كذا في «التحفة».

قوله: لِأَنَّ المَبِيعَ مَجْهُولٌ؛ وذلك لأنه لم يعرف من المعقود عليه إلا الاسم فلا يجوز البيع، كما لو قال: بعتُ منك عبدًا ولم يشر إليه، ولا إلى مكانه، ولعلمائنا العمومات المجوّزة للجواز بلا قيد الرؤية، فلا يزيد عليه قيدًا؛ لأن قيد الآية تجري مجرى الفسخ. وعن النبي

رَآهُ»؛ وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ بِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوَافِقْهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ فِي المُعَايِنِ المُشَارِ إِلَيْهِ.

صلَّى الله عليه وسلَّم في المشاهير: «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارُ»، ولم يقل: فهو فاسد.

فإن قيل: أراد به خيار الشراء.

قلنا: هذا الخيار إن تعلق بالرؤية فلا يتعلق برؤية مشترٍ لم يره، والنبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم علقه برؤيته، فعُلم به أنه خيار يتعلق برؤيته خاصة، وذلك خيار الرؤية والإجازة، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: فَصَارَ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ فِي المُعَايِنِ المُشَارِ إِلَيْهِ، بأن اشترى ثوبًا مشارًا إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز؛ وذلك لأن الجهالة إنما تفسد العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة، كما في بيع شاة من القطيع، فأمَّا إذا كانت لا تفضي إلى المنازعة فلا تفسد العقد، كبيع القفيز من الصبرة، وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، فلا يفسد العقد بعد ما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضاء به، وذلك شرطُ انبرام العقد لا شرط جوازه، ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضاء، وكذلك في العيب، إلا أن هناك السببُ المانع من تمام الرضاء شرط الخيار، وهو محتمل للإسقاط، فإذا أسقطه تمَّ الرضاء به، وهاهُنا السببُ هو الجهل بأوصاف المعقود عليه، وذلك لا ينعدم إلا بالرؤية، فلهذا لا يسقط خياره وإن أسقطه قبل الرؤية؛ ولأنه ليس في هذا أكثر من أن ما هو المقصود بالعقد مستتر بغيره، وهذا لا يمنع جواز الشراء كما إذا اشترى جوزًا أو بيضًا، أو اشترى قفاعًا في كوز يجوز، والمقصود بالعقد مستتر بغيره، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ينبغي أن لا يجوز شراء ما لم يره؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع ما ليس عند إنسان، والمراد ما ليس بحاضر مرئي للمشتري، لإجماعنا على أن المشتري إذا كان رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضرًا عند العقد؛ ولأن البيع نوعان: بيع عين، وبيع دين، فطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصفُ، يعني: المسلم فيه، وفيما هو عين المشاهدةُ، ثم

(وَكَذَا إِذَا قَالَ رَضِيتُ ثُمَّ رَآهُ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ لِمَا رَوَيْنَا،

ما هو طريق لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف، إذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد، فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين، وهو الرؤية إذا تراخى عن حالة العقد لا يجوز العقد، ألا ترى أن بيع اللبن في الضرع، وبيع الجنين في البطن، لا يجوز مع وجود المالية لهذا المعنى.

قلتُ: تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان بيع ما ليس في ملكه بدليل قصَّة الحديث: «فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله! إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي أفأبيعها منه، ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه؟ فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: لا تبع ما ليس عندك».

والدليل على أن المراد من النهي هذا أيضًا أنه لو باع عينًا حاضرًا عنده لا يملكه ثم ملكه فسلَّم لم يجز، ولو باع عينًا في ملكه غائبًا عن حضرته وقد رآه المشتري جاز إذا بيَّن مكانه، وإذا حضر عنده وقد كان في كفِّه ولم يره المشتري لم يجز عند الخصم وقد باع ما عنده، وأمَّا السلم فإنما لا يجوز عند ترك الوصف؛ لما أن جهالة الوصف هناك تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلُّم؛ ولأن العقد في باب السلم يرد على الأوصاف؛ لأن الدَّين وصف المالية في الذمة والبدل بمقابلتها، فإذا لم يذكر الأوصاف عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه.

وبيع الجنين في البطن إنما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودًا، فإن في البطن جزء من أجزاء الأم، ألا ترى أنه لا يحتمل التزويج مقصودًا فكذلك البيع، بخلاف ما نحن فيه، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ»، ولمَّا كان خيار الرؤية يثبت عند الرؤية فالإبطال قبل الرؤية إبطال قبل الثبوت، فلا يصح؛ لما أن المعلق بالشيء عدم قبل وجود ذلك الشيء، فلذلك لا يصح إسقاطه قبل الرؤية.

فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهَا، وَحَقُّ الفَسْخِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ لا بِمُقْتَضَى الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ العِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ بِخِلَافِ قَوْلِهِ رَدَدْتُ.

فإن قيل: لو لم يكن له خيار قبل الرؤية وجبَ أن لا يكون له حق الفسخ قبل الرؤية؛ لما أن جواز الفسخ من نتائج ثبوت الخيار له؟

قلنا: له من وجهين:

أحدهما: أنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية يلزم امتناع الخيار عند الرؤية، والخيار ثابت عند الرؤية بالنص، فما أدّى إلى إبطاله كان باطلًا.

والثاني: أن صحة الفسخ تعتمد عدم اللزوم، والعقد هنا قبل الرؤية لا يوصف باللزوم لخلل ممكن في الرضا؛ لأن الرضا لم يوجد هنا؛ لأن الرضا عبارة عن الاستحسان، واستحسان الشيء مع الجهل بأوصافه لا يتحقق، فلا يلزم العقد فكان بسبيل من الفسخ، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

فعلى هذا التقدير الذي ذكرنا في السؤال والجواب كان المذكور في الكتاب **بقوله:** وَحَقُّ الفَسْخِ ... بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ لا بِمُقْتَضَى الحَدِيثِ، جوابُ سؤال مقدر يرد على **قوله:** لِأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ ... فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهَا، بأن يقال: لمَّا لم يثبت الخيار قبل الرؤية كان ينبغي أن لا يتمكن من الفسخ، فقال في جوابه: وتمكنه من الفسخ باعتبار أنه اشترى شيئًا قبل الرؤية وهو عقد غير لازم، ويتمكن من فسخه لوهاء في العقد، لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث؛ لأن ثبوت الخيار له عند الرؤية بمقتضى الحديث فكان الخيار عدمًا قبل الرؤية، فكيف يكون الفسخ من حكم الخيار والخيار معدوم.

قوله: فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ، وفيه إشارة إلى أن يعتبر **قوله:** رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ.

وذكر في «الذخيرة»: والرضا به على ضربين: رضًا بالصريح، ورضًا بالدلالة، فالرضا بالصريح أن يقول بعد الرؤية: رضيتُ، أو يقول: اخترتُ، والرضا بالدلالة أن يراه ثم يشتريه،

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: أَوَّلًا لَهُ الْخِيَارُ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ وَهَذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْعَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالًا وَثُبُوتًا،

أو يراه بعد الشراء فيقبضه، أو يتصرف فيه بعد الرؤية تصرف الملاك.

قوله: وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ، وذكر في «المبسوط»: إذا لم ير البائع المبيع قط، بأن ورث شيئًا فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز عندنا، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولًا يقول: له الخيار، ثم رجع وقال: لا خيار له، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيعه قولًا واحدًا، والدليل على جوازه: مَا رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إلى آخره، على ما هو المذكور في الكتاب، فقد اتفقوا على جواز الشراء ثم حكم جُبير بالخيار لطلحة، ولهذا رجع أبو حنيفة رحمه الله؛ حيث بلغه الحديث وقال: لا خيار للبائع.

وقوله: اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ، أي: إن هذين الخيارين لا يختصان بجانب المشتري بل يجوزان من جانبهما، فكذا خيار الرؤية ينبغي أن يجوز من جانبهما، ثم جواز خيار الشرط من الجانبين ظاهر على ما ذكرناه، وأمَّا خيار العيب فإنه إذا وجد البائع الثمن زيفًا كان له الخيار، إن شاء تجوز وإن شاء رد، كالمشتري إذا وجد المبيع معيبًا، إلا أن الفرق بين البائع والمشتري في حق انفساخ العقد عند الرد، حيث ينفسخ العقد برد المشتري المبيع ولا ينفسخ برد البائع الثمن، وذلك إنما نشأ من إصالة المبيع وعدم إصالة الثمن، كما في الإقالة على ما يجيء إن شاء الله تعالى، لا من نفس خيار العيب.

قوله: زَوَالًا - أي في جانب البائع - **وَثُبُوتًا**، أي: في جانب المشتري، أي: لا يزول ملك البائع إلا برضاه، ولا يثبت الملك للمشتري إلا برضاه، وإنما يفترق خيار العيب وخيار الرؤية في قوله: رضيتُ قبل الرؤية وقبل العلم بالعيب، حيث يعتبر رضاهُ قبل العلم بالعيب؛ لأن الرضاء بالعيب إسقاط لما يستحق من وصف السلامة بالمبيع، فيعتبر بعد الشراء لوجوده بعد سببه؛ لأنه إنما يستحق وصف السلامة بالشراء، وقد رضي به بعد الشراء فيجوز، بخلاف خيار الرؤية، فإن الخيار إنما يثبت عند الرؤية بالنص على ما ذكرنا، فكان الخيار معدومًا قبل

وَلا يَتحَقَّقُ ذَلِكَ إلَّا بِالعِلْمِ بِأَوْصَافِ المَبِيعِ، وَذَلِكَ بِالرُّؤْيَةِ فَلَمْ يَكُنِ البَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ لِمَا رَوَيْنَا فَلا يَثْبُتُ دُونَهُ. وَرُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرْضًا لَهُ بِالبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ فَقِيلَ لِطَلْحَةَ: إنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ، وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فَقَالَ: لِي الخِيَارُ؛ لِأَنِّي بِعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ، فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ، فَقَضَى بِالخِيَارِ لِطَلْحَةَ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ بَلْ يَبْقَى إلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُهُ،

الرؤية، فلا يعتبر الرضى الذي هو حكم الخيار قبل الرؤية لذلك.

قوله: وَلا يَتحَقَّقُ ذَلِكَ، أي: تمام الرضا.

قوله: وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ لِمَا رَوَيْنَا فَلا يَثْبُتُ دُونَهُ، أي: لا يثبت بغير الشراء؛ لأن المعلق بالشيء إنما يوجد عند وجود ذلك الشيء بعينه، لا عند وجود غير ذلك الشيء، كما في تعليق الطلاق بدخول الدار لا يثبت بدون دخول الدار من سائر الأفعال كالأكل والشرب، فلمَّا كان كذلك لو ثبت خيار الرؤية للبائع إنما يثبت بالقياس على ثبوت خيار الرؤية للمشتري، وليس للبائع نظير المشتري في المعنى الذي ثبتَ خيار الرؤية للمشتري؛ لما ذكر في «الإيضاح» وقال: فإن جانب البائع لا يشبه جانب المشتري؛ لأن المشتري يظنه خيرًا ممَّا اشترى، فيرده لفوات الوصف المرغوب، والبائع لو ردَّه لرد باعتبار أن المبيع أزيد مما ظنَّ، فصار كما لو باع عبدًا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح، لم يثبت للبائع خيار، فكذا هنا.

قوله: بَلْ يَبْقَى إلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُهُ؛ لأنه ثبت حكمًا لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطله كخيار العيب.

وذكر في «الإيضاح»: فلو رأى المبيع فقبضه بعد الرؤية كان رضـًا به؛ لأن القبض إنَّما

وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا

لحكم العقد، فصار القبض بعد الرؤية كالعقد فيلزم العقد.

ثم ذكر في الكتاب ما يبطل خيار الرؤية بقوله: وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا الكلي الذي ذكره، ما يبطل خيار الشرط من تصرف يبطل خيار الرؤية مسألتان:

إحداهما: أنه لو اشترى دارًا لم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة، لا يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية، ويبطل خيار الشرط.

والثانية: إذا عرض المشتري المبيع على بيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية، والمسألتان في «فتاوي قاضي خان».

قلتُ: الأصل فيهما هو أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية؛ لما ذكرنا، فلا يبطل أيضًا بدليل الرضا بالطريق الأولى؛ لأنه دونه، ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا، فلذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية.

ثم فصَّل ذلك التصرف في الكتاب أنه في أي وقت يبطل؟ فقبل الرؤية أو بعدها بقوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ رَفْعُهُ، إلى آخره، فذكر هاهُنا أن التصرف الذي يبطل خيار الشرط يبطل خيار الرؤية، ولم يذكر في باب خيار الشرط ما يبطل خيار الشرط من التصرف.

وذكر في «الذخيرة»: إذا كان الخيار للمشتري فنفوذ البيع بما ذكرنا من المعانِي الثلاثة الذي ذكرناها في خيار الشرط، وبمعنى آخر سواها، وهو أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك، والأصل فيه أن كل فعل باشره المشتري في المشترَى بشرط الخيار فعلًا يحتاج إليه للامتحان، ويحل في غير الملك بحال، فالاشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره، وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال؛ فإنه يكون دليل الاختيار؛ وهذا لأنه متى فعل فعلًا يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك متى جعل دليل الاختيار وسقط خياره أول مرة لا يفيد الخيار فائدته؛ لأن فائدة شرط الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان، فمتى لزمه البيع بفعل

لا يُمْكِنُ رَفْعُهُ كَالإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ أَوْ تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالبَيْعِ المُطْلَقِ وَالرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَذُّرُ الفَسْخِ فَبَطَلَ الخِيَارُ،

الامتحان أوَّل مرة يفوت فائدة الخيار.

إذا ثبتَ هذا فنقول: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرَّة لا يبطل خياره؛ لأن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان، وإنه يحل بدون الملك في الجملة، فلم يكن اشتغال به مرَّة دليل الاختيار فيبقى على خياره، بخلاف ما لو وطئها حيث يبطل خياره، وإن كان الوطئ محتاجًا إليه للامتحان؛ لأنَّها تشترى للوطئ ولا يعلم كونها صالحة للوطئ بالنظر إليها، وإنما كان كذلك؛ لأن الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال، فكان الإقدام عليه اختيارًا للملك حتى لا يقع وطؤه في غير الملك، ولا كذلك الاستخدام فإنه يحل في غير الملك، وإن استخدمها مرَّة أخرى فإن كان في النوع الذي استخدمها في المرَّة الأولى كان اختيارًا للملك؛ لأن المرة الأخرى في ذلك النوع غير محتاج إليه للامتحان، والعرض على البيع، والتقبيل، واللمس عن شهوة، ولبس الثوب مرَّة أخرى، وركوب الدابة مرَّة أخرى، كل ذلك يسقط الخيار؛ لما أنه غير محتاج إليه للامتحان، أو لا يحل في غير الملك، وأمثالها مذكورة في «الفتاوى».

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ رَفْعُهُ، إلى أن قال: يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا، فإن قيل: لو بطل خياره قبل الرؤية يكون مخالفًا لحكم النص؛ لأن النص أثبت الخيار إذا رآه بقوله: فَلَهُ الخِيَارُ؟

قلنا: ذلك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص، وأمَّا هذه الأفاعيل فمبنية على الملك، والملك ثابت فصحَّت هذه التصرفات بناءً على قيام الملك، وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة.

وذكر في «الذخيرة»: إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرف الملاك فهو على وجهين:

(١) إن كان تصرفًا لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه، نحو الإعتاق، والتدبير، لزم

وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ، وَالمُسَاوَمَةُ وَالهِبَةُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَرْبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبْطِلُهُ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لِوُجُودِ دَلَالَةِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ، أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَى وَجْهِ الجَارِيَةِ أَوْ إِلَى وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلِهَا فَلا خِيَارَ لَهُ)،

البيع وبطل خياره؛ لأنه ملك المشترى قبل الرؤية فنفذت هذه التصرفات، وبعد نفاذ هذه التصرفات يتعذر الفسخ فيبطل الخيار ضرورةً، وكذلك لو علق بالمبيع حقًّا للغير بأن آجر، أو رهن، أو باع بشرط الخيار للمشتري؛ لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورةً، حتى لو افتك المرهون، أو مضت مدة الإجارة، أو رَدَّ المشتري عليه بخيار الشرط، ثم رآه لا يكون له الرد.

(٢) وإن كان تصرفًا لم يتعلق به حق الغير بأن باع بشرط الخيار لنفسه، أو وهب ولم يسلم، أو عرض على البيع لا يبطل خياره، ولو كانت هذه التصرفات منه بعد الرؤية بطل خياره.

وذكر القدوري رحمه الله هذه الجملة في كتابه.

والفرق بين ما قبل الرؤية وبين ما بعد الرؤية في حق التصرفات التي لم يتعلق بها حق الغير: أن خيار الرؤية لو بطل بهذه التصرفات، إنما يبطل من حيث أنَّها دليل الرضاء بالإمساك، لا باعتبار تعلق الغير، إلا أن خيار الرؤية لا يسقط بصريح الرضا قبل الرؤية فبدليل الرضا أولى، وأمَّا بعد الرؤية يسقط هذا الخيار بصريح الرضا، فكذا يسقط بدليله أيضًا.

قوله: أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا، وفي «الإيضاح»: وإن كان ثيابًا فلا بد أن ينظر إلى ظاهر كل ثوب.

قوله: أَوْ إِلَى وَجْهِ الجَارِيَةِ، ذكر الجارية وقع اتفاقًا، فإن الحكم في الغلام كذلك؛ لأنه ذكر في «الإيضاح»: والمعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه، والنظر إلى غيره من الجسد

وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُؤْيَةَ جَمِيعِ المَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى العِلْمِ بِالمَقْصُودِ، وَلَوْ دَخَلَ فِي البَيْعِ أَشْيَاءُ، فَإِنْ كَانَ لا تَتَفَاوَتُ آحَادُهَا

لا يبطل الخيار؛ لأن العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه.

وذكر في «الذخيرة» أصلًا لجنس هذه المسائل فقال: والأصل فيه أن غير المرئي إن كان تبعًا للمرئي فليس له رد غير المرئي، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع، بيانه: إذا اشترى جارية أو عبدًا ورأى وجهه ورضي به لا يكون له الخيار بعد ذلك، ولو رأى ظهرها وبطنها ولم ير وجهها فله خيار الرؤية؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه، ألا ترى أنه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء.

قوله: لِتَعَذُّرِهِ، أمَّا في العبد والأمة فظاهر؛ لأن في رؤية جميع بدنِهما رؤية مواضع عورتِهما، ففي العبد لا يجوز أصلًا سواء فسخ العقد أو لم يفسخ، وأمَّا في الأمة فإنه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتِها كان نظره إلى عورتِها واقعًا في غير ملكه؛ لأن الفسخ رفع العقد عن الأصل فصار كأن العقد لم يوجد، فكان نظيره وقع حرامًا في أصله، وأمَّا في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه، وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبَّة من حبات الحنطة لأدائه إلى أمرٍ متعذر بالغ غايته، أو أمر غير مفيد؛ لأن الصبرة من ذوات الأمثال، فيكفي برؤية ما ظهر منها لذلك.

قوله: وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُؤْيَةَ جَمِيعِ المَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى العِلْمِ بِالمَقْصُودِ، وكان هذا في الفعل نظير العموم في القول إذا لم يكن أجزاؤه على العموم، وهو أن صيغة العموم إذا أضيفت إلى محل لا يقبل العموم يراد بِها أخص الخصوص الذي دل عليه الكلام، كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَسۡتَوِيٓ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِۚ أَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ هُمُ ٱلۡفَآئِزُونَ﴾ [الحشر: ٢٠]، فكان عدم الاستواء بينهما من حيث الفوز والنجاة؛ لتعذر إجراء العموم على عمومه؛ لوجود الاستواء بينهما من حيث الوجود والإنسانية والتكليف وغيرهما، ففي هذا أيضًا لمَّا لم يشترط رؤية جميع المبيع للتعذر لما قلنا، اكتفى باشتراط رؤية ما هو المقصود.

كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَعَلَامَتُهُ أَنْ يَعْرِضَ بِالنَّمُوذَجِ، يَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ وَاحِدٍ مِنْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ البَاقِي أَرْدَأَ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الخِيَارُ. وَإِنْ كَانَ تَتَفَاوَت آحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ لا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَالجَوْزُ وَالبَيْضُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِكَوْنِهَا مُتَقَارِبَةً. إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ وَصْفَ البَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوْبِ مِمَّا يَعْلَمُ بِهِ البَقِيَّةَ إِلَّا إِذَا كَانَ

قوله: وَعَلَامَتُهُ، أي: وعلامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده.

قوله: النَّمُوذَجِ، بالفتح، والأُنموذج بالضمّ تعريب نموذه، كذا في «المغرب».

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ البَاقِي أَرْدَأَ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الخِيَارُ؛ لأنه إنَّما رضي به إذا كان بالصفة التي رأى، فإذا تغيَّر لم يتم الرضا به، وإن اختلفا فقال المشتري: قد تغيَّر، وقال البائع: لم يتغيَّر، فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة؛ لأن دعواه التغيّر بعد ظهور سبب لزوم العقد، وهو رؤية جزءٍ من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري، ولو ادَّعى عيبًا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة، والقول قول البائع مع يمينه إن لم يكن له بينة، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض إذا كان في وعاءٍ واحدٍ بلا خلاف، وإذا كان في وعائين فرأى ما في أحد الوعائين اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: إذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه، أمَّا إذا وجده دونه فهو على خياره، ولكن إذا أراد الرد فرد الكل، وهو الصحيح.

قوله: مِنْ هَذَا القَبِيلِ، أي: من القبيل الذي يتفاوت آحاده.

قنوتُ المال: جمعتُه قنوًا وقِنْوَةً، واقتنيتُه: اتخذتُه لنفسي قنيةً، أي: أصلُ مال للنسل

فِي طَيِّهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ العَلَمِ، وَالوَجْهُ هُوَ المَقْصُودُ فِي الآدَمِيِّ، وَهُوَ وَالكَفَلُ فِي الدَّوَابِّ، فَيُعْتَبَرُ رُؤْيَةِ المَقْصُودِ وَلا يُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ غَيْرِهِ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَةَ القَوَائِمِ، وَالأَوَّلُ هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لا بُدَّ مِنَ الحَبْسِ لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ اللَّحْمُ يُعْرَفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ القِنْيَةِ لا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الضَّرْعِ. وَفِيمَا يُطْعَمُ لا بُدَّ مِنَ الذَّوْقِ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ المُعَرِّفُ لِلْمَقْصُودِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلا خِيَارَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْ بُيُوتَهَا) وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَى خَارِجَ الدَّارِ أَوْ رَأَى أَشْجَارَ البُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ. وَعِنْدَ زُفَرَ لا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ البُيُوتِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى وِفَاقِ عَادَتِهِمْ فِي الأَبْنِيَةِ، فَإِنَّ دُورَهُمْ لَمْ تَكُنْ مُتَفَاوِتَةً يَوْمَئِذٍ، فَأَمَّا اليَوْمُ فَلا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ

لا للتجارة، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة»: وفي شاة القنية لا بدَّ من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها، وفي شاة اللحم لا بدَّ من الحبس حتى يتبيَّن به الهزال والسِّمن.

قوله: فَأَمَّا اليَوْمُ فَلا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ، كما قال زُفر رحمه الله، فأما جواب الكتاب فبناء على دورهم بالكوفة، فإنَّها تختلف بالضيق والسعة، وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة، وهذا يصير معلومًا بالنظر إلى جدارنها من خارج، فأمَّا في ديارنا فماليَّة الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها، وذلك لا يصير معلومًا إلا بالنظر إليها من داخل، فالجوابُ عمَّا قال زفر رحمه الله، فمن حقَّق الخلاف في المسألة فحجة زفر رحمه الله هذا الحرف الذي ذكرناه، وحجتنا أن النظر إلى كل جزءٍ من أجزائها متعذِّر، فإنه يتعذر عليه أن ينظر إلى ما تحت السُّرور، وإلى ما بين الحيطان من الجذوع والأسطوانات، وإذا سقطَ شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزءٍ منها مقام رؤية الجميع تيسيرًا، كذا في «المبسوط».

إِلَى الظَّاهِرِ لا يُوقِعُ العِلْمَ بِالدَّاخِلِ.

قَالَ: (وَنَظَرُ الوَكِيلِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي حَتَّى لا يَرُدَّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ) قَالَ: مَعْنَاهُ الوَكِيلُ بِالقَبْضِ، فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقِطُ الخِيَارَ بِالإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ

وذكر في «المحيط»، و«الذخيرة»: وبعض مشايخنا قالوا: في الدُّور يعتبر رؤية ما هو المقصود، حتى أنه إذا كان في الدار بيتان شتويان، وبيتان صيفيان، وبيتًا طابقٍ يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار، ولا يشترط رؤية المَطْبَخ والمَزْبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصودًا كما في سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه.

قوله: وَنَظَرُ الوَكِيلِ كَنَظَرِ المُشْتَرِي ... وَلا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِهِ، قيل في الفرق بين الرسول والوكيل بأن الرسول هو الذي لا يستغنى عن إضافة العقد إلى مرسله، بخلاف الوكيل فإنه يعقد بالاستبداد، ويثبت الفرق بينهما أيضًا بكتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَ﴾ [المائدة: ٦٧]، وقال: ﴿وَمَآ أَنتَ عَلَيۡهِم بِوَكِيلٍ﴾ [الأنعام: ١٠٧]، وقال: ﴿قُل لَّسۡتُ عَلَيۡكُم بِوَكِيلٍ ۝٦٦﴾ [الأنعام: ٦٦]، نفى الوكالة عنه وأثبت الرسالة له؛ لأن الرسالة نيابة والوكالة إصالة في حق العقد والقبض؛ لأن الحقوق راجعة إليه ولا كذلك الرسول، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وصورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره: كن وكيلًا عنِّي في قبض المبيع، وصورة الرسول أن يقول: كن رسولًا عنِّي، أو يقول: أمرتك بقبضه.

قوله: وَقَالا: هُمَا سَوَاءٌ، أي: حكم الوكيل بمنزلة حكم الرسول حتى يبقى الخيار بعد رؤيتهما.

قوله: فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقِطُ الخِيَارَ بِالإِجْمَاعِ، وإنما قيَّد الوكيل بالشراء للاحتراز عن مسألتين:

وَصَارَ كَخِيَارِ العَيْبِ وَالشَّرْطِ وَالإِسْقَاطِ قَصْدًا. وَلَهُ أَنَّ القَبْضَ نَوْعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتُورًا وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفْقَةِ وَلا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالمُوَكِّلُ مَلَكَهُ بِنَوْعَيْهِ، فَكَذَا الوَكِيلُ، وَمَتَى

إحداهما: الوكيل بالقبض فهو مختلف فيه والكلام فيه.

والثانية: الرسول بالشراء، فإن رؤيته لا يكون كرؤية المرسل، كذا في «المحيط».

التوكيل: قبول الوكالة، ومنه: وكله بالبيع فتوكل به، أي: قبل الوكالة، كذا في «المغرب».

قوله: وَصَارَ كَخِيَارِ العَيْبِ وَالشَّرْطِ وَالإِسْقَاطِ قَصْدًا، بأن اشترى شيئًا معيبًا قبل الرؤية ثم وكل رجلًا يقبضه فقبضه الوكيل رائياً عيبه لا يسقط خيار العيب عن الموكل، وكذا إذا اشترى الرجل شيئًا بخيار الشرط ثمَّ وكل رجلًا آخر بقبضه فقبضه لا يسقط خيار الشرط عن الموكل.

وأمَّا صورة الإسقاط قصدًا فهي أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستورًا ثم رآه فأسقط الخيار قصدًا لا يسقط الخيار.

قوله: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ، وإنما سُمِّي هذا النوع من القبض تامًّا لمسألتين:

إحداهما: أن خيار الرؤية يبطل بمثل هذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض، فلمَّا بطل خيار الرؤية بِهذا القبض علمنا أن هذا القبض تام.

والثانية: أن تفريق الصفقة بعد هذا القبض جائز، بأن اشترى شيئين وقبضهما وهو يراهما ثم وجد بأحدهما عيبًا، فلو ردَّه خاصة يجوز ولا يلزم تفريق الصفقة، بخلاف ما إذا قبضهما مستورين ثم وجد بأحدهما عيبًا لا يرده خاصة، بل يردهما لو أراد كما قبل القبض.

قوله: وَلا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، أي: ولا يتم القبض مع بقاء خيار الرؤية؛ لأنه لو تمَّ القبض مع بقائه لقدر على تفريق الصفقة فلا يقدر كما بيَّنا.

قوله: وَالمُوَكِّلُ مَلَكَهُ بِنَوْعَيْهِ، فَكَذَا الوَكِيلُ، أي: ملك القبض بنوعيه من التام

قَبَضَ الْمُوَكِّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الخِيَارُ فَكَذَا الوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوْكِيلِ، وَإِذَا قَبَضَهُ مَسْتُورًا انْتَهَى التَّوْكِيلُ بِالنَّاقِصِ مِنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ قَصْدًا بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ فَيَتِمُّ القَبْضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ

والناقص، فكذا الوكيل؛ لأنه قائم مقامه.

فإن قلتَ: هذا الوكيل لم يقم مقام موكله في مسألتين في هذا، فيجب أن لا يقوم مقامه في النظر عند القبض وإن كان القبض تامًّا.

وأما المسألتان فإحداهما: أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط بالخيار، ولو قامَ مقام الموكل لسقط به كالموكل نفسه لو رأى ولم يقبض، والمسألة في «الأسرار».

والثانية: أن الموكل لو قبضه مستورًا ولم يره ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار قصدًا يبطل خيار الرؤية، ولو قبضه الوكيل مستورًا ثم أبطل الخيار قصدًا بعد ما رآه لا يبطل، فلمَّا لم يقم الوكيل مقام الموكل في هاتين المسألتين وجبَ أن لا يقوم مقام الموكل فيما نحن فيه؛ لما أن كل واحدة من هذه المسائل الثلاث نظيرة للأخرى.

قلتُ: الأصل فيما نحن فيه وهو أن الوكيل بالقبض لو قبضه تامًّا وهو يراه إنما يبطل خيار الرؤية ضمنًا لإتمام قبضه؛ لأنه وكله بالقبض فوجبَ أن يكون قبضه تامًّا، ولا يتم قبضه مع بقاء خيار الرؤية، فمن ضرورة إتمام القبض يبطل خيار الرؤية فلذلك لم يملك إبطال الخيار قصدًا فيما ليست هذه الضرورة.

وذكر في «الأسرار»: إنما يملك الوكيل إبطال الخيار بمقتضى ملكه تمام القبض فيتقدر بقدره، ولم يملك قصدًا كمن قال لآخر: اعتق عبدك عني على ألف درهم، فإن المأمور ملك البيع عنه بمقتضى الإعتاق عنه، فلذلك لو قال: أعتقتُ ثبتَ البيع، ولو قال: بعتُ مقصودًا بغير عتق لم يتم البيع، فلذلك قلنا في المسألة الأولى: لا يملك الوكيل الفسخ؛ لأنه لم يؤمر به، ولا الإجازة قبل القبض وإن رأى؛ لأنه لم يوكل به، وإنما وكل بالقبض التام ولا تمام إلا بسقوط الخيار برؤيته، فيثبت ذلك بمقتضى ملكه تمام القبض فيتقدَّر بقدره؛ لأن الثابت

عَلَى هَذَا الخِلَافِ. وَلَوْ سُلِّمَ فَالمُوَكِّلُ لا يَمْلِكُ التَّامَّ مِنْهُ فَإِنَّهُ لا يَسْقُطُ بِقَبْضِهِ؛ لِأَنَّ الِاخْتِيَارَ وَهُوَ المَقْصُودُ بِالخِيَارِ يَكُونُ بَعْدَهُ، فَكَذَا لا يَمْلِكُهُ وَكِيلُهُ،

في ضمن الشيء لا يثبت بدون ذلك الشيء، فكم من شيءٍ يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا.

وكذلك في المسألة الثانية لمَّا قبضه الوكيل مستورًا وجد القبض الناقص فاكتفي به؛ لضرورة وجود القبض، وإن كان ناقصًا كالبيع الفاسد بعد القبض في إثبات الملك قام مقام الصحيح، وكالصلاة الناقصة بترك الواجبات ساهيًا قائمة مقام الكاملة في الإجراء عن الخروج عمَّا وجبَ في ذمته من الفرض، فلمَّا اكتفي به ولمَّا قلنا بسقوط الخيار بإسقاطه لكان إسقاط الخيار مقصودًا وهو لا يملك ذلك فلا يبطل تصرفه فيما لو وكل به، بخلاف الموكل فإنه يملكه؛ لأن تصرفه بطريق الإصالة لا بطريق الوكالة من الغير، فلم يلزم في تصرفه أنه تصرف فيما وكل به، أو فيما لم يوكل به، بخلاف خيار العيب؛ فإنه لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه لا يمنع تمام القبض، ولهذا ملك بعد القبض ردَّ المعيب خاصة، توضيحه أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل، فالوكيل لا يملك إسقاطه؛ لأنه فوض إليه الاستيفاء دون الإسقاط، كذا في «المبسوط».

والفقه فيه هو أن المشتري رضي بالعقد على اعتبار السلامة، والعقد وردَ على التسليم ظاهرًا والثمن يقابل الذات لا الوصف، والفائت وصفٌ فكان الصفقة تامَّة، ولهذا لا يملك الرد إلا بقضاء أو رضاء؛ لأنه ينقضها بعد التمام فكان محتاجًا إلى الموكل وخيار الشرط على الخلاف، فقد ذكر القدوري رحمه الله أن من اشترى شيئًا على أنه بالخيار فوكل وكيلًا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف أيضًا، كذا ذكر في «الذخيرة».

قوله: فَالمُوَكِّلُ لا يَمْلِكُ التَّامَّ مِنْهُ، أي: من القبض، فإن الموكل إذا قبض ما اشتراه بشرط الخيار وهو يراه لا يتم قبضه بهذا، بل يبقي له خيار الشرط كما كان، وبقاء خيار الشرط والرؤية يمنع تمام القبض؛ وهذا لأن المشتري إنما شرط الخيار لنفسه ليتروي فيه هل يصح له أم لا؟ وذلك إنما يكون بعد تمام القبض وهو ينظر إليه، فلمَّا لم يسقط خيار الشرط بقبض الموكل وهو ينظر إليه وهو الأصل، لم يسقط بقبض وكيله الذي هو نائب عنه أيضًا.

وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ شَيْئًا وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِيغُ الرِّسَالَةِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ القَبْضَ، وَالتَّسْلِيمَ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَبَيْعُ الأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ وَلَهُ الخِيَارُ إِذَا اشْتَرَى) لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ (ثُمَّ يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالجَسِّ، وَبِشَمِّهِ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالشَّمِّ، وَبِذَوْقِهِ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالذَّوْقِ) كَمَا فِي البَصِيرِ (وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ

قوله: وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ فإن الرسول ليس إليه إلا تبليغ الرسالة، فأمَّا إتمام ما أرسل به فليس إليه، كالرسول بالعقد ليس إليه من القبض والتسليم شيءٌ، كذا في «المبسوط».

وقد ذكرنا الفرق قبل هذا بين الوكيل والرسول بأتم من هذا.

قوله: وَبَيْعُ الأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ، والكلام على هذا في فصول:

أحدها: جواز العقد عندنا من الأعمى بيعًا كان أو شراءً، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان بصيرًا فعمي فكذلك الجوابُ، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلًا؛ لأنه لا يعرف كون الأشياء وصفتها، وهذا غلط، فالناسُ تعارفوا معاملة العميان من غير نكير منكر، وتعامل الناس من غير نكير أصل في الشرع، ثم من أصله من لا يملك أن يشتري لنفسه لا يملك أن يأمر غيره به، فإذا احتاج الأعمى إلى مأكول ولا يتمكن من أن يشترى بنفسه، أو يوكل غيره به ماتَ جوعًا، وفيه من القبح ما لا يخفى، وإذا ثبتَ جواز شرائه فإمَّا إن كان المشترى ممَّا يعرف بالحسّ أو الذوق فهو كالبصير في ذلك، وإن كان ممَّا يعرف صفته بالحس كما يعرف بالرؤية فالمس منه كالرؤية من البصير، حتى لو مسَّه وقال: رضيتُ به سقطَ خياره، وما لا يمكن معرفته بالمسِّ كالعقارات فإنه يوصف له بأبلغ ما يمكن، فإذا قال: قد رضيتُ به يسقط خياره؛ لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل.

وقال بعض أئمة بلخ رحمهم الله: يمس الحائط والأشجار، فإذا قال: قد رضيتُ سقطَ خياره؛ لأن الأعمى إذا كان ذكيًّا يقف على مقصوده في ذلك بالمسِّ، وحُكي أن أعمى

فِي العَقَارِ حَتَّى يُوصَفَ لَهُ) لِأَنَّ الوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ كَمَا فِي السَّلَمِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَآهُ وَقَالَ: قَدْ رَضِيتُ سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشَبُّهَ يُقَامُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ العَجْزِ كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ يُقَامُ مَقَامَ القِرَاءَةِ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ فِي الصَّلَاةِ، وَإِجْرَاءُ المُوسَى مَقَامَ الحَلْقِ فِي حَقِّ مَنْ لا شَعْرَ لَهُ فِي الحَجِّ، وَقَالَ الحَسَنُ: يُوَكِّلُ وَكِيلًا بِقَبْضِهِ وَهُوَ يَرَاهُ وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ رُؤْيَةَ الوَكِيلِ كَرُؤْيَةِ المُوَكِّلِ عَلَى مَا مَرَّ آنِفًا.

قَالَ: (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الآخَرَ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا) لِأَنَّ رُؤْيَةَ أَحَدِهِمَا لا تَكُونُ رُؤْيَةَ الآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الخِيَارُ فِيمَا لَمْ يَرَهُ،

اشترى أرضًا فقال: قودوني إليها، فجعل يمس الأرض حتى انتهى إلى موضع منها فقال: أموضع كدس منها هذا؟ فقالوا: لا، فقال: هذه الأرض لا تصلح؛ لأنها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني؟ فكان كما قال، فإذا كان الأعمى بهذه الصفة فرضي بها بعد ما مسَّها سقطَ خياره، كذا في «المبسوط».

قوله: كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ ... وَإِجْرَاءُ المُوسَى، ذكر ذلك في «الفوائد الظهيريَّة» باللزوم فيهما؛ وقال: لأن المصير إلى الشبه عند إعواز الحقيقة واجبٌ، كالمحرم إذا أراد التحلل وقد قرع رأسه يلزمُ إجراء الموسى عليه تشبيهًا بالمحلقين، وكذلك الأخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة.

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر هذه الأقوال: وفي الحقيقة لا اختلاف بين الروايات، والمنظور في الروايات كلها أقصى ما يتصور، ثم قال: ولو وصف له فقال: رضيتُ، ثم أبصر فلا خيار؛ لأن العقد قد تمَّ حين وُصف له، وسقط الخيار فلا يعود بعد ذلك، ولو اشترى البصيرُ ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفة؛ لأن المعنى الناقل للخيار من النظر إلى الصفة العجز، وفي هذا كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية سواء.

ثُمَّ لا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ بَلْ يَرُدُّهُمَا كَيْ لا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ

قوله: كَيْ لا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، الصفقة: عبارة عن العقد الذي تناهي في حقِّ موجبه.

قال عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار»، معناه إمَّا أن يكون متناهيًا في اللزوم، أو يبقى اللزوم بشرط الخيار، فيُعبَّر بالصفقة عن التناهي في اللزوم، وخيار الشرط ينفي هذا وكذلك خيار الرؤية، كذا قال في «الإيضاح».

ثم تفريق الصفقة حرام؛ لما جاء في الحديث: «نهى النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن تفريق الصفقة».

فإن قيل: ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولاية رد أحد الثوبين الذي لم يره؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ».

قلنا: العمل بموجب قوله: «نَهى عن تفريق الصفقة» أوْلَى من حديث خيار الرؤية لوجوه:

أحدها: أن موجب قوله: «نَهى عن تفريق الصفقة» محكم في إفادة التحريم، أي: موجبه ثابت في جميع الصور، وموجب قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من اشترى شيئًا لم يره»، غير ثابت في جميع الصور، ألا ترى أنه لا يملك الرد إذا تعيَّب أو أعتق أحد العبدين، أو دبَّره، فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحًا، هذا جواب نقل عن الإمام العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله.

أو لأن قوله: «نَهى» محرِّم، والمحرِّم راجح على المبيح؛ أو لأن قوله: «نَهى عن تفريق الصفقة» متأخر عن المبيح، وإلا يلزم تكرار النسخ لما عرف؛ أو لأن الرد لما كان غير ممكن؛ لأن رد أحد الثوبين لا يكون ردًّا؛ لأنه اشترى الثوبين لا أحد الثوبين، والردُّ إنما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: والأصل في هذا أن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، وكذا خيار الشرط، وكذا خيار العيب قبل القبض، وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة،

الصَّفْقَةَ لا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِهَذَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا وَيَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بَطَلَ خِيَارُهُ) لِأَنَّهُ لا يَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ عِنْدَنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ.

أمَّا خيار الشرط وخيار الرؤية فباعتبار الخلل في الرضاء، وكذلك العقد قبل القبض غير تام؛ لأنه لا يفيد ملك التصرف وإن كان يفيد ملك الرقبة، وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه إنما ثبتَ لفوات وصف من أوصاف المبيع، وفوات بعض الأوصاف لا يكون أقوى من فوات بعض المبيع، وذلك لا يمنع تمام الصفقة إذا اتصل به القبض، وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارًا بابتداء الصفقة، فإنه إذا أوجب البيع في شيئين لا يمكن المشتري القبول في أحدهما؛ لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء إلى الجيد ترويجًا للرديء بالجيد.

فإن قيل: هذا المعنى موجود في خيار العيب بعد القبض، ومع ذلك يملك التفريق وإن كان فيه إضرار بالبائع.

قلنا: التفريق قبل القبض أضر؛ لمكان التفرد والاستبداد بالرد، لأنه يرتد بمجرد الرد، والتفريق بعد القبض أخف ضررًا؛ لافتقار الرد بعد القبض إلى القضاء أو الرضاء.

وقوله: ثُمَّ لا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ بَلْ يَرُدُّهُمَا(١)، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين مسألة الاستحقاق، فإنه إذا اشترى ثوبين أو عبدين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي، وهاهُنا وفي خيار الشرط إذا رد أحدهما يرد الآخر أيضًا.

قلتُ: الفرق بينهما من حيث لزوم تفريق الصفقة وعدم لزومه، ففي خيار الشرط والرؤية لو ردَّ أحدهما دون الآخر يلزم تفريق الصفقة؛ لما ذكرنا أن الصفقة لا يتم مع بقاء خيار الرؤية والشرط، وأمَّا في فصل الاستحقاق ففيما ذكرنا من الصورة أن الباقي غير معيب بعيب الشركة، ولم تتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام بل الصفقة تمَّت فيما كان ملك

---

(١) انظر هذا النص في المتن في الصفحة السابقة.

(وَمَنْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ العِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّؤْيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثْبُتُ الخِيَارُ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرْئِيَّهُ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الخِيَارُ) لِأَنَّ تِلْكَ الرُّؤْيَةَ لَمْ تَقَعْ مُعْلِمَةً بِأَوْصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَوْلُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، إِلَّا إِذَا بَعُدَتِ المُدَّةُ عَلَى مَا قَالُوا لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ.

البائع، حتى إذا كان المبيع عبدًا واحدًا في فصل الاستحقاق بأن استحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضًا، كما في خيار الرؤية فيه والشرط؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيبٌ، والمشتري لم يرض بهذا العيب، لكن في صورة الاستحقاق ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري، وفي خيار الرؤية والشرط لزوم رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع، إلى هذا أشار في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرْئِيَّهُ، أي: لا يعلم أنه هو الذي رآه.

قوله: وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَوْلُ - قول - الْبَائِعِ، أي: مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عارضًا والبائع ينكر، وعلى المشتري البينة؛ لأن دعواه التغيّر بعد ظهور سبب لزوم العقد، وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشترى، وفي ذلك الحكم هكذا، فكذا هنا.

قوله: إِلَّا إِذَا بَعُدَتِ المُدَّةُ، فحينئذٍ كان القول قول المشتري؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الشيء يتغير بطول الزمان، وإليه مالَ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وقال: أرأيتَ لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنةً وزعم البائع أنَّها لم تتغير، أكان يُصَدَّق على ذلك؟ وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين، والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وقوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ، يتصل بقوله: **فَالقَوْلُ لِلْبَائِعِ**، وذكر في

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا،

«الإيضاح»: وإذا اختلف البائع والمشتري في رؤية ما اشترى فالقول قول المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه العلم بالصفات، وإنه أمر حادث والمشتري ينكر ذلك، فكان القول قوله مع اليمين.

الزُّطُّ: جيل من الهند يُنسب إليهم الثياب الزُّطيَّة، كذا في «المغرب».

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ فَقَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا، كذا لفظ «الجامع الصغير»، وإنما قيَّد بالقبض؛ لأنه لو لم يكن مقبوضًا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة؛ ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاثة من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز ردِّ شيءٍ منها، فلا يصح حينئذٍ قوله: إِلَّا مِنْ عَيْبٍ؛ لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجدَ بأحدهما عيبًا ليس له أن يرد المعيب خاصة، بل يردهما إن شاء، ذكر الضمير أولًا بقوله: فَبَاعَ مِنْهُ، ثم أنثه بقوله: لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا، ردًّا إلى اللفظ والمعنى؛ لأن عدل زطي مذكر لفظًا إلا أنه في معنى الثياب الزطية، فكان نظير قوله تعالى: ﴿وَكَم مِّن قَرْيَةٍ أَهْلَكْنَٰهَا فَجَآءَهَا بَأْسُنَا بَيَٰتًا أَوْ هُمْ قَآئِلُونَ﴾ [الأعراف: ٤].

قوله: وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ، أي: ليس له أن يرد شيئًا منها بخيار الشرط إذا كان اشترى عدل زطي بخيار الشرط، فقبضه وباع ثوبًا منه أو وهب، وحاصل ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير» فقال: وهذا جنس مسائل خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار الاستحقاق، وكل ذلك على وجوه ثلاثة:

إمَّا أن كان المشتري قبض المبيع، أو قبض بعضه، أو لم يقبض شيئًا، ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال مًّا؛ لأنه تفريق للصفقة قبل التمام، وفي خيار العيب إن كان قبل القبض فكذلك؛ لأن الصفقة لا تتم قبل القبض؛ لأن تمام الصفقة إنما يحصل بانتهاء

بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لا تَتِمُّ قَبْلَهُ وَفِيهِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ، فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ فَهُوَ عَلَى خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَعُودُ بَعْدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ القُدُورِيُّ.

الأحكام، والمقصود من ذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد، وإن كان قبض بعضه فكذلك؛ لأن بتسليم البعض لا يتناهى حكم العقد.

وإن قبض الكل فوجد لبعضه عيبًا إن كان المبيع شيئًا واحدًا كالثوب والدار والعبد يرد الكل أو يمسك، وإن كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا رد المعيب خاصة على ما يجيء في باب خيار العيب؛ لأن العيب وجد بأحدهما، وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه رضي بالعقد على اعتبار السلامة، والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر، فكانت الصفقة تامة فلهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض إلا بقضاءٍ أو رضاءٍ.

وفي خيار الشرط والرؤية ينفرد بالرد، وفي فصل الاستحقاق إن استحق بعض المبيع قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع كان له أن يرد غير المستحق؛ لأن باستحقاق البعض تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام، وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه فإن كان المبيع عبدًا واحدًا، أو ثوبًا واستحق بعضه كان له أن يرد الباقي، وإن كان عبدين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي، وقد ذكرناه.

قوله: وَفِيهِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ، أي: وفي المقبوض على ما ذكرناه.

قوله: فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ، بأن يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لا يَعُودُ - خيار الرؤية - بَعْدَ سُقُوطِهِ، ذكر في «فتاوي قاضي خان» رحمه الله: وهو الصحيح، والله تعالى أعلم.

(بَابُ خِيَارِ العَيْبِ)

باب خيـار العيب

فترتيب أبواب الخيارات من الشرط والرؤية والعيب على حسب ترتيب قوة تأثيراتها في البيع، وقد ذكرناه.

العيب: هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السَّليمة، كذا في «المبسوط».

اعلم أن مسائل خيار العيب في مواضع: في بيان شرعية خيار العيب، وفي بيان العيوب التي توجب الخيار جملةً وتفصيلًا، وفي بيان ما يمنع الرد ويسقط الخيار، وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع، وفي بيان الإبراء عن العيوب.

أمَّا الأول فلأن سلامة البدلين في عقد المبادلة مطلوبة عادةً فيكون بمنزلة المشروط صريحًا، ولو اشترى جارية على أنَّها بكر أو خبازة، ولم توجد يثبت الخيار؛ لفوات غرضه، كذا هذا.

وأمَّا بيان العيوب الموجبة للخيار في الجملة فنقول: كلَّما أوجب نقصان القيمة أو الثمن في عادة التجار فهو عيب يوجب الخيار.

وأمَّا تفصيل العيوب فعلى نوعين:

أحدهما: ما يوجب فوات جزء من المبيع أو تغيره من حيث الظاهر دون الباطن.

والثاني: ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة.

أمَّا الأول: فكثير نحو العمي، والعور، والشلل، والزمانة، والأصبع الناقصة، والسن السوداء، والسن الساقطة، وغيرها.

(وَإِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي المَبِيعِ) فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، فَعِنْدَ فَوْتِهِ يَتَخَيَّرُ كَيْ لا يَتَضَرَّرَ بِلُزُومِ مَا لا يَرْضَى بِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ

والثانِي: فنحو السعال القديم، وارتفاع الحيض في زمانه، والزنا في الجارية وغيرها، كذا في «التحفة».

قولـه: لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، أي: سلامة المعقود عليه من العيب؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه اشترى من عداء بن خالد بن هَوْذة عبدًا، وكتب في عهدته: هذا ما اشترى محمد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم من العداء بن خالد بن هَوْذة عبدًا لا داءَ ولا غائلةَ ولا خبثة بيع المسلم من المسلم»، ففي هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد، فإنَّ المرض ما يكون في سائر البدن، والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة.

وفيما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: الداء المرض، والغائلة ما تكون من قِبل الأفعال، كالإباق، والسرقة، والخبثة هي الاستحقاق، وقيل: الجنون، ثمَّ المرجع في معرفة العيوب إلى عُرف التجار، وفي كل شيءٍ إنما يرجع إلى أهل تلك الصنعة، فما يعدونه عيبًا فهو عيب يُردُّ به، أو ما ينقص المالية فهو عيبٌ؛ لأن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية، فما ينقص المالية فهو يمكن خللًا في المقصود، وذلك عيب يُرد به، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغرب» في باب العين مع الدال: الصحيح أن المشتري كان هو العداء، والبائع كان رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم.

قولـه: لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ وذلك لأنه لا يخلو: إما أن يقابل الثمن بالوصف والأصل، أو بالأول دون الثانِي، أو الثانِي دون الأول، لا يجوز الأول والثانِي؛

فِي مُجَرَّدِ العَقْدِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقَلَّ مِنَ المُسَمَّى فَيَتَضَرَّرُ بِهِ،

لئلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل فتعيَّن الثالث؛ ولأن الثمن عيبٌ، فيجبُ أن يكون مقابلًا بالعين دون الوصف.

قوله: فِي مُجَرَّدِ العَقْدِ، احتراز عمَّا إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول فحينئذٍ يكون لها قسط من الثمن، حتى أن البائع إذا قطع يد العبد بعد البيع قبل قبض المشتري سقطَ من الثمن بقدره فيخير المشتري، وعن هذا قلنا: أن الرجل إذا اشترى شاةً أو بقرةً فحلبها وشرب اللبن، ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردها بالعيب، ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يردها بالعيب بجميع الثمن.

وذكر في «المبسوط»: أن هذه الزيادة في حكم المبيع، ولكن ليس في مقابلتها شيءٌ من الثمن؛ لأنَّها تبع محض، والثمن يقابل الأصل دون البيع، كأطراف المبيع لا يقابلها شيءٌ من الثمن إلا أن يصير مقصودًا بالتناول، ومثل هذه الزيادة إن حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الأصل صارت مقصودةً بالتناول فيقابلها جزء من الثمن، ومن ضرورة ذلك استحقاقه صفة السلامة فيها، فإذا وجد بِها عيبًا كان له أن يردها بذلك، وقبل القبض لمَّا كان لا يقابلها شيء من الثمن لا يردها مقصودًا ولكن يردها مع الأصل تبعًا، فأمَّا الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن، فلهذا لا يكون له أن يردها، ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن؛ لأنَّها تبقى مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض، والربا ليس إلا هذا، ولهذا لا يملك ردها وإن رضي البائع؛ لأنه تعذر الرد بحق الشرع فلهذا رجعَ بنقصان العيب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ - أي: ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه - بِأَقَلَّ مِنَ المُسَمَّى، ففي إمساك المشتري المبيع مع أخذ نقصان العيب يلزم ذلك، أي: يلزم زوال المبيع عن ملك البائع بأقل من المسمى فيتضرر البائع، فلذلك لا يجوز ذلك.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا باع معيبًا فإذا هو سليم فلا خيار للبائع، وإن كان البائع يتضرر في تلك الصورة بثمن المعيب في السليم؛ لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه

وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ المُشْتَرِي مُمْكِنٌ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ المُشْتَرِي عِنْدَ البَيْعِ وَلا عِنْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رِضًا بِهِ.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقْصَانِ المَالِيَّةِ، وَذَلِكَ بِانْتِقَاصِ القِيمَةِ وَالمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ (وَالإِبَاقُ وَالبَوْلُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ البُلُوغِ) وَمَعْنَاهُ: إذَا ظَهَرَتْ عِنْدَ البَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَثَتْ عِنْدَ

معيب، فعلى ذلك ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري هاهُنا إذا ظهر السليم معيبًا، وإن كان يتضرر به المشتري أو يثبت الخيار هناك للبائع أيضـًا كما يثبت للمشتري هاهُنا.

قلنا: المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فأنزل عالِمًا بصفة ملكه، ولا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه، وأمَّا المشتري فإنه ما رأى المبيع أصلًا، فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حاصل له به، فيثبت له الخيار.

قوله: وَالمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ المُشْتَرِي عِنْدَ البَيْعِ، وأمَّا إذا رآه المشتري عند الشراء فاشتراه كان راضيًا به فلا يثبت له الخيار، وكذلك أن يبرأ البائع منه؛ لأنه استثناء من العقد فلم يبق صفة السلامة مستحقه له.

قوله: فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ البُلُوغِ، أي: الموجود قبل البلوغ في يد البائع إذا وجد في يد المشتري بعد البلوغ فليس ذلك بعيب، يعني: أن البول والإباق عيب ما لم يبلغ، بأن كان عبدًا صغيرًا بالَ في الفراش فباعه، وبالَ في يد المشتري أيضًا وهو صغير يرده، حتى إذا بلغ في يد المشتري وعاود البول لا يرده؛ لأنه عيب حادث، وأمَّا إذا كان كبيرًا في يد البائع وبالَ في الفراش ثم باعه فعاود في يد المشتري يرده؛ لأن العيب واحد، وهو معنى **قوله:** حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعْدَ البُلُوغِ، وحاصل ذلك أن اتحاد الحالتين شرط في المعاودة، سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعد البلوغ على ما ذكر في الكتاب.

المُشْتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَدَثَتْ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ يَخْتَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ، فَالبَوْلُ فِي الفِرَاشِ فِي الصِّغَرِ لِضَعْفِ المَثَانَةِ، وَبَعْدَ الكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالإِبَاقُ فِي الصِّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ، وَهُمَا بَعْدَ الكِبَرِ لِخُبْثٍ فِي البَاطِنِ، وَالمُرَادُ

وذكر في «الإيضاح»: والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب؛ لأنه لا يعقل ما يفعل، وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرًا، وكذا الإباق.

وذكر في «الذخيرة»: والسرقة، والبول في الفراش، والإباق في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب، وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرًا، فإذا بلغ فهو عيب آخر سوى الذي كان، حتى لو أبق أو سرق في يد البائع قبل البلوغ ثم فعلَ عند المشتري بعد البلوغ لم يكن له أن يردَّه.

ثم قال: ومن مشايخنا من قال: إنما تكون هذه الأشياء عيبًا إذا كان الصغير بحيث يميز، أمَّا إذا كان صغيرًا جدًّا لا يكون عيبًا، وبعض مشايخنا قالوا: البول في حالة الصغر إنما يكون عيبًا إذا كان ابن خمس فما فوق، وأمَّا إذا كان ابن سنة أو سنتين فليس ذلك بعيب، فأمَّا الجنون فهو عيب واحد في حالة الصغر والكبر، حتى لو جنَّ في يد البائع قبل البلوغ ثم جن عند المشتري بعد البلوغ فله الرد.

وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبًا من الجنون، قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعة فهو عيب، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، وأمَّا يوم وليلة فما دون فليس بعيب، وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب، والسرقة وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب؛ لأن السرقة إنما كانت عيبًا؛ لأن الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه، وفي حقِّ هذا المعنى العشرة وما دونها سواء، وقيل: ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيبًا، والعيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره إلا في المأكولات، فإن سرقة ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيبًا ومن غير

مِنَ الصَّغِيرِ مَنْ يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لا يَعْقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لا آبِقٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيْبًا.

المولى يعد عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيب من المولى وغيره.

وعلَّل في «المبسوط» حكم أنه لا يختلف بين المولى وغيره وقال: فإن كونه سارقًا يخل بمقصود المولى؛ لأنه لا يتمكن من استخدامه؛ إذ لا يأتمنه على حفظ ماله، ويشق عليه حفظ ماله عند آناء الليل والنهار، وإن سرق مال غيره يقطع بسببه فيكون عيبًا فيهما، وإذا نقبَ البيت ولم يختلس فهو عيب، والإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشايخ، وتكلَّموا في أنه هل يشترط الخروج من البلدة؟ وهذا لأن الإباق إنما كان عيبًا؛ لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفي حق هذا المعنى السفر وما دون السفر سواءٌ.

وفي «نوادر بشر عن أبي يوسف» رحمهما الله: رجل اشترى أمة وأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة، فعيب الإباق لازم لها أبدًا، وكذلك لو أبقت من رجل كانت عنده بإجارة، أو عارية، أو وديعة، ولو أبقت من الغاصب إلى مولاها فهذا ليس بإباق، وإن أبقت فلم ترجع إلى الغاصب ولا إلى المولى وهي تعرف منزل مولاها، وتقوي على الرجوع إليه فهو عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقوي على الرجوع إليه فهو ليس بعيب، كذا في «الذخيرة».

وقال في «الفوائد الظهيريَّة»: وهنا مسألة عجيبة، وهي أن من اشترى عبدًا صغيرًا فوجده يبول في الفراش كان له أن يردَّه، فإن لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجعَ بنقصان العيب ثمَّ كبُر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطى من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية لهذه المسألة في الكتب، ثم قال رضي الله عنه: وكان والدي رحمه الله يقول: ينبغي أن يسترده استدلالًا بمسألتين:

إحداهما: أن الرجل إذا اشترى جاريةً فوجدها ذات زوج كان له أن يردها، فإن تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع بالنقصان ثم أبانَها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه.

والثانية: إذا اشترى عبدًا فوجده مريضًا كان له أن يردَّه، فإن تعيب عنده بعيب آخر يرجع

قَالَ: (وَالجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ أَوْ فِي الكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ الأَوَّلِ، إِذِ السَّبَبُ فِي الحَالَيْنِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ البَاطِنِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لا يَشْتَرِطُ المُعَاوَدَةَ فِي يَدِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ وَإِنْ كَانَ قَلَّمَا يَزُولُ فَلا بُدَّ مِنَ المُعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

بالنقصان، فإذا رجع بالنقصان ثم برئ من مرضه هل للبائع أن يستردَّه؟ قالوا: إن كان البرء بالمداواة لم يكن له أن يسترده، وإلا فله ذلك، والبلوغ هنا لا بالمداواة فكان له أن يستردَّه.

قوله: وَالجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا، وَمَعْنَاهُ، أي: ومعنى قوله: أَبَدًا، أنه لا يختلف بين حالة الصغر والكبر.

قوله: وَلَيْسَ مَعْنَاهُ - أي: معنى قوله: أَبَدًا - أَنَّهُ لا يَشْتَرِطُ المُعَاوَدَةَ، كما في البول والإباق.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: والجنون في الصغير عِيب أبدًا، من المشايخ من قال: معناه: إذا جُنَّ عند البائع وجبَ الرد وإن لم يعاوده عند المشتري؛ لأنه لا يرتفع بآثاره، وذلك يتبين في حماليق عينيه، والصحيح أن المعاودة شرط، وهي منصوص عليها في «المبسوط»، و«الجامع»؛ لأن احتمال الزوال بحيث لا يبقي أثره ثابت، والأصل في البيع اللزوم فلا يثبت ولاية الرد، يعنى ما قال في الكتاب أن ولاية الرد تثبت بتقدير المعاودة، وإن كان الجنون عند البائع حالة الصغر والمعاودة عند المشتري حالة الكبر لاتحاد السبب، وهو فساد الباطن على ما قيل: إن العقل معدنه القلب، وشعاعه إلى الدماغ، والجنون انقطاع ذلك الشعاع بيُبْس الدماغ.

وذكر في «الذخيرة»: واختلف المشايخ رحمهم الله في فصل الجنون أن معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد؟ فبعضهم قالوا: إنَّها ليست بشرط، بل إذا ثبت وجوده عند البائع يرد به، وإليه مالَ شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام رحمهما الله، وهو رواية «المنتقى»، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: المعاودة في يد المشتري شرط، وهو المذكور في «الأصل»، وفي «الجامع الكبير».

(قَالَ: وَالبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَدْ يَكُونُ الِاسْتِفْرَاشَ وَطَلَبَ الوَلَدِ وَهُمَا يُخِلَّانِ بِهِ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الغُلَامِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الِاسْتِخْدَامُ وَلَا يُخِلَّانِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ عَيْبٌ (وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ دُونَ الغُلَامِ)؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالمَقْصُودِ فِي الجَارِيَةِ وَهُوَ الِاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الوَلَدِ، وَلَا يُخِلُّ بِالمَقْصُودِ فِي الغُلَامِ وَهُوَ الِاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزِّنَا عَادَةً لَهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخِلُّ بِالخِدْمَةِ.

قَالَ: (وَالكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا)؛ لِأَنَّ طَبْعَ المُسْلِمِ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ صَرْفُهُ فِي بَعْضِ الكَفَّارَاتِ فَتَخْتَلُّ الرَّغْبَةُ، فَلَوِ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛

وَالبَخَرُ: نتن رائحة الفم، وَالدَّفْرُ: رائحة مؤذية يجيء من الإبط، كذا في «المبسوط».

وذكر في «المغرب»: الدَّفْرُ: مصدر دفَرَ إذا خبث رائحته، وبالسكون النتن، وأمَّا الذَّفَر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير، وهو حِدَّة الرائحة أينما كانت، ومنه: مسك أذفر، وإبط ذفر، أو هو مراد الفقهاء من قولهم: والبخر والدفر عيبٌ في الجارية وهكذا في الرواية.

قوله: وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الغُلَامِ؛ لأنه يستخدمه بالبعد من نفسه، إلا أن يكون فاحشًا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون لداءٍ في البدن، وهو ينقص الثمن، والبخر عيب، وهو انتفاخ ما تحت السرة، وبه سُمِّي بعض الناس أبخر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ الِاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الوَلَدِ، أي: كون الجارية ولد الزنا يخل لمقصود المولى منها وهو الاستيلاد، فإن ولده يعيّر بأمه إذا كانت ولد الزنا.

قوله: فَلَوِ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: له أن يرده؛ لأنه وجده بخلاف شرطه، وله في هذا الشرط غرض، فربَّما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور، ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله، فإذا

لِأَنَّهُ زَوَالُ العَيْبِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَافِرَ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا لا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ المُسْلِمُ، وَفَوَاتُ الشَّرْطِ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ.

قَالَ: (فَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ بَالِغَةً لا تَحِيضُ أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيْبٌ)؛ لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعْتَبَرُ فِي الِارْتِفَاعِ أَقْصَى غَايَةِ البُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ

فاتَ عليه مقصوده يمكن من ردِّه، وأصحابنا قالوا: الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط، بل على وجه التبرء من العيب، فكأنه اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم؛ وهذا لأنه وُجد بأزيد ممَّا شرط ثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه، فإذا وجده أزيد ممَّا شرط فلا حاجة إلى دفع الضرر عنه بإثبات حق الردِّ له، كذا في «المبسوط».

قوله: فَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ بَالِغَةً لا تَحِيضُ أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيْبٌ، فإن ادعى المشتري الانقطاع في مدة كثيرة، فينبغي أن يدعي الانقطاعَ بأحد السببين: إمَّا بالداء، أو بالحبل حتى تسمع دعواه، والدليل عليه ما ذكره في «فتاوى الإمام الفضليّ»: إذا اشترى جارية وهي طاهرة، فامتدَّ طهرها ولم تحض من غير طهور الحبل بها ليس له أن يردها على بائعها ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل أو بالداء؛ لأن الارتفاع بدون هذين السببين لا يعد عيبًا، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، والمرجع في الداء إلى قول الأطباء، ثم العيب الذي لا يثبت إلا بقول الأطباء ما لم يتفق عليه عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع الخصومة، بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة، كذا في «الذخيرة»، و«التَّتمَّة».

قوله: لِأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ؛ لأن ذلك دلالة داء في الباطن، قال شيخ الإسلام رحمه الله: الحيض مركب في بنات آدم، فإذا لم تحض هذه فالظاهر أنَّها لا تحيض لداء فيها، فذلك الداء يكون عيبًا فيها لا عدم الحيض.

والذي يؤيد هذا التعليل ما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في «الفتاوى الأصغر»: رجل اشترى جارية فوجدها لا تحيض، لا تُسمع منه الخصومة ما لم يدَّع أن ارتفاع الحيض بسبب

عَشَرَةَ سَنَةً فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الأَمَةِ فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الداء والحبل، وكذلك الاستحاضة؛ لأن الاستحاضة لداء حل في عرقها، إليه أشار رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم حيث قال لتلك المرأة: «ذاك عرق عَنَدٌ» أو قال: «عرق انفجر»، وإنَّما يُعرف هذا إذا استشكل أو وقعت في ذلك منازعة بقول الأمة؛ لأنه لا طريق لمعرفته إلا هذا، قالوا: وهذا قول محمد رحمه الله، وظاهر الرواية لا قول للأمة في ذلك.

واعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدَّة الانقطاع، فإن ادعى الانقطاع في مدَّة يسيرة فلا يلزم القاضي الإصغاء إلى ذلك، وإن كان ذلك في مدَّة مديدة فالآن يلزمه الإصغاء إلى دعواه، ولا بد من معرفته معنى الفارق بين المدَّتين.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أن المدَّة المديدة مقدَّرة بثلاثة أشهر، وعن محمد رحمه الله: أنه قدَّرها بأربعة أشهر وعشر، وعن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله: أنَّهما قدراها بسنتين، وإذا عرفتَ المدة المديدة فما دونها قصيرة، فبعد ذلك إن كان القاضي من أهل الاجتهاد أخذ بما أدى إليه اجتهاده، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد أخذ بما اتفق عليه أصحابنا.

وإذا سمع الدعوى ينبغي أن يسأل البائع: أهي كما يدعي المشتري؟ فإن قال: نعم ردها إلى البائع بالتماس المشتري، وإن قال: هي كذلك للحال، وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة إلى البائع؛ لتصادقهما على قيام العيب للحال، فإن طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع، فإن حلف برئ وإن نكل ردت عليه، وإن شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم، بخلاف الاستحاضة؛ حيث تقبل؛ لأن الاستحاضة مما يمكن الاطلاع عليه، وانقطاع الدم على وجه يعد عيبًا لا يمكن الاطلاع عليه، وإن أنكر البائع انقطاع حيضها في الحال هل يستحلف على ذلك؟ عند أبي حنيفة رحمه الله لا، وعندهما يحلف، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ، أي: ترد الأمة إذا انضم إلى قول الأمة بأنَّها لا

قَالَ: (وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ المُشْتَرِيَ عَيْبٌ فَاطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ وَلا يَرُدُّ المَبِيعَ)؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ

تحيض، أو مستحاضة امتناع البائع عن اليمين عند الاستحلاف، وشهادة النساء مثل قول الأمة في الأحكام، وقوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول أبي يوسف رحمه الله، فإنه يُفرّق بين القبض وعدمه في حق عدم انضمام نكول البائع إلى قول الأمة.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان: أمّا عدم الحيض والاستحاضة؛ لأن العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في أوانه، والمعاودة على وجه لا يدوم، فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبعة عشر سنةً ولم تحض، أو حاضت ولم تنقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب، فإن أنكر البائع ذلك لا يرد عليه إلا بحجة، ويقبل فيه قول الأمة ضرورة أنه لا يقف عليها غيرها، فإن كان ذلك بعد القبض لا يرد بقولها؛ لأن على قول هذا القائل شهادة الأمة بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، يثبت العيب في حق سماع الدعوى ولا يكفي الرد فيستحلف البائع، فإن نكل يرد عليه بنكوله، وإن كان ذلك قبل القبض فكذلك في ظاهر الرواية أنه لا يرد بشهادة النساء ولا بشهادة الأمة هنا، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنّها يرد قبل القبض بشهادة النساء؛ لأن العقد لم يتأكد قبل القبض فجاز أن يفسخ بشهادة النساء، فعلى قياس تلك الرواية جاز أن يفسخ بقول الأمة عند من يجعل قولها حجةً.

وذكر في «فتاوي قاضي خان» رحمه الله: رجل اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرًا أو أربعين يومًا، قال القاضي الإمام رحمه الله: ارتفاع الحيض عيبٌ وأدناه شهر واحد، إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرد إذا ثبتَ أنه كان عند البائع.

قوله: وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ المُشْتَرِيَ عَيْبٌ، إلى قوله: وَلا يَرُدُّ المَبِيعَ، وقال ابن أبي ليلي رحمه الله: ردَّ المبيع وردَّ معه نقصان العيب الحادث عنده؛ لأن رد البدل عند تعذر ردِّ العين، ولكنا نقول: حق الرد للمشتري إنما يثبت كي يدفع به الضرر عن نفسه، وإنما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع، وبعد ما تعيب عنده لو رده كان في ذلك إلحاق الضرر بالبائع، كذا في «المبسوط».

سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا فَامْتَنَعَ، وَلا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ إِلَا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا رَجَعَ بِالعَيْبِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِالقَطْعِ فَإِنَّهُ عَيْبٌ حَادِثٌ (فَإِنْ قَالَ البَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الامْتِنَاعَ لِحَقِّهِ

قوله: عَنْهُ - أي: عن البائع - فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ، ولا يقال: بأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن حالة الوجود، ألا ترى أنَّها لو سقطت بآفة لم يسقط شيء من الثمن، فكيف يجعل لها حصة لا معنى لهذا؛ لأنا أثبتنا لهذه الأوصاف حصة بالإخراج من الاستحقاق لضرورة جبر حقه، فصارت أصولًا في حق الإخراج؛ وجائز أن يصير الوصف أصلًا بفعل يحله، كما لو صارت الأوصاف مقصودة بالإتلاف صارت لها حصة، وسقطت حصتها من الثمن، فكذا هذا، كذا في «الإيضاح».

وقد ذكرنا جواب هذه الشبهة في أوائل كتاب البيوع في مسألة: وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ، بأتم من هذا.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا، إلى قوله: رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ؛ وهذا لأن المشتري استحق صفة السلامة لمطلق العقد، فإذا علم بالعيب بعد القطع وبالقطع تعيب المبيع بعيب زائد؛ فقد عجز عن رده كما قبض، فيرجع بنقصان العيب نظرًا لهما.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا اشترى بعيرًا فنحره، فلمَّا شقَّ بطنه فوجد أمعاءه فاسدة لا يرجع ينقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله، وهنا قال: يرجع بنقصان.

قلنا: الفرق بينهما أن النحر إفساد للمالية؛ لأنه بالنحر صار عُرضةً للنتن والفساد، ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته، فيختلّ معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني رحمهما الله.

قوله: لِأَنَّهُ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِالقَطْعِ فَإِنَّهُ عَيْبٌ حَادِثٌ؛ وهذا لأن حق الرد للمشتري إنما يثبت

وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّ الرَّدَّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِرِضَا الْبَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالْبَيْعِ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ فَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ.

كي يدفع به الضرر عن نفسه، وإنما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحقه الضرر فيه بالبائع، وبعدما تعيَّب عنده لو رده كان في ذلك إلحاق الضرر بالبائع.

فإن قيل: ينبغي أن يرجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه؛ لأن البائع دلَّس له العيب، والمشتري صار مغرورًا من جهته.

قلنا: المعصية الصادرة لا تمنع عصمة المال، كما في الغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب بالخياطة، أو صبغه بالحمرة، فلمَّا كان الشرع نظر لهما، والضرر عن المشتري يندفع إذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن، فإن لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرف باشره البائع، ولو ردَّه تضرر البائع بتصرف يباشره المشتري وهو رده عليه، فكان مراعاة جانب البائع أوْلَى من هذا الوجه، فإذا لم يرده رجع بنقصان العيب من الثمن إلا أن يرضى البائع، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لِحَقِّهِ، أي: لحق البائع.

قوله: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي - أي: باعه بعد القطع قبل الخياطة ثم علم بالعيب بعد البيع - لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لأن من حجة البائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فكان المشتري بالبيع حابسًا المبيع، وقد ذكرنا أن المشتري إذا حبس المبيع ليس له الرجوع بالنقصان لإمكان ردِّ المبيع وأخذه الثمن.

والأصل في جنس هذه المسائل ما ذكره في «الفوائد الظهيريَّة» فقال: والأصل في جنس هذه المسائل أن في كل موضع يكون المبيع قائمًا على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب، وفي كل موضع يكون المبيع قائمًا ولا يمكنه الرد وإن رضي به البائع، فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب.

ولهذا قلنا: إن من اشترى ثوبًا فقطعه لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبًا لا يرجع

(فَإِنْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ

بنقصان العيب؛ لأنه صار واهبًا بالقطع مسلمًا إليه قبل الخياطة، فلم يكن الرد ممتنعًا قبل عمل الهبة، ولو كان الولد كبيرًا رجع بالعيب؛ لأنه لا يصر مسلمًا إلا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعًا قبل عمل الهبة.

قوله: فَإِنْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ، إلى أن قال: رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ؛ لأن امتناع الرد بعد الخياطة كان بسبب الزيادة لا بسبب إمساك الثانِي، أي: المشتري الثانِي، فكان الحال بعد البيع كالحال قبله، وقبل البيع كان له أن يرجع بنقصان العيب على كل حال، كذلك هاهُنا.

والأصل في هذا أن انتقاص المبيع في يد المشتري أنه متى كان بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، ثم اطلع المشتري على عيب كان عند البائع لا يرده بالعيب من غير رضا البائع؛ لما في الرد من الإضرار بالبائع، ولكن يرجع بالنقصان إن كان الانتقاص بآفة سماوية، أو بفعل المشتري؛ دفعًا للضرر عن المشتري، وللبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك؛ لأن امتناع الرد هنا لدفع الضرر عن البائع، وإن كان النقصان بفعل الأجنبي حتى وجب الأرش ليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك؛ لأن امتناع الرد هنا لحق البائع من حيث أن الرد إضرار بالبائع، ولحق الشرع باعتبار الربا؛ لأنه لا يمكن رد الأرش؛ لأن العقد لم يرد عليه فلا يرد الفسخ؛ لأن الأصل اتحاد موردهما، أي: مورد العقد والفسخ؛ لكون الفسخ رفعًا للعقد عن المحل الذي انعقد فيه، إلا في موطن تعين الفسخ طريقًا لاستدفاع الضرر، كما إذا استهلك المبيع أجنبي قبل القبض أو اختلفا في الثمن بعد هلاك المبيع عند محمد رحمه الله، والفسخ فيما نحن فيه لم يتعين طريقـًا لاستدفاع الضرر؛ لإمكان الرجوع بالنقصان، فإذا امتنع الفسخ هناك تعذر رد الأرش، ورد المبيع بدون رد الأرش متعذر؛ لأن الأرش يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة فيكون ربًا؛ لأن الربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله هذا الذي ذكرنا في انتقاض المبيع في يد المشتري.

وأمَّا ازدياده في يده فنقول: الزيادة نوعان: متصلة ومنفصله، فالمنفصلة ضربان:

(١) غير متولدة من المبيع: كالصبغ والخياطة، وإنَّها تمنع الرد بالعيب بالاتفاق،

رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى الفَسْخِ فِي الأَصْلِ

وليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك؛ لأنه لا يمكن الفسخ في الزيادة لما ذكرنا، وهو أن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه العقد ولم يكن الصبغ والخياطة وقت العقد، ولهذا قلنا: إن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة؛ لما أن الهبة لم ترد عليها فلا يمكن إيراد الفسخ عليها.

(٢) والضرب الثاني زيادة متولدة من المبيع: كالسمن والجمال، فإنَّها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية؛ لأن فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعًا للأصل؛ لأن الزيادة هنا تمحضت تبعًا للأصل باعتبار التولد والتفرع، بخلاف الأرش والصبغ والخياطة، أمَّا الأرش فلا تبعيَّة فيه لمكان الانفصال ولعدم التولد والتفرغ، وأمَّا الصبغ والخياطة فللوجه الثاني وهو عدم التولد، وإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، وأبى المشتري كان للبائع ذلك عند محمد رحمه الله، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ليس له ذلك؛ لما في ذلك من إبطال حق المشتري في الزيادة، وصار هذا كالموهوب إذا زاد زيادةً متصلةً.

وجه قول محمد رحمه الله أن حق البائع هاهُنا فيما هو أصل، وحق المشتري فيما هو تبع؛ أعني به الزيادة، فكان اعتبار الأصل أوْلَى من العكس.

والزيادة المنفصلة نوعان أيضًا:

(١) متولدة كالولد والثمن، فإنَّها تمنع الرد بالعيب والفسخ؛ لأنه لا سبيل إلى فسخه مقصودًا؛ لأن العقد لم يرد على الزيادة، ولا سبيل إلى فسخه تبعًا لانقطاع التبعية بالانفصال.

(٢) وغير متولدة من المبيع كالكسب، فإنه لا يمنع الفسخ والرد بالعيب، وطريقه أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشتري مجانًا بخلاف الولد، والفرق أن الكسب ليس بمبيع بحال مًا؛ لأنه تولد من المنافع والمنافع غير الأعيان، ولهذا كان منافع الحر مالًا وإن لم يكن الحر مالًا، وكسب المكاتب والمدبر لا يكون مكاتبًا ولا مدبرًا، والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلّم له مجانًا؛ لما فيه من الربا لما قلنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، و«شرح الطحاوي»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

وقوله: أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ، إنما قيد بالأحمر ليكون الزيادة في المبيع بالاتفاق، وأمَّا

بِدُونِهَا؛ لِأَنَّهَا لا تَنْفَكُّ عَنْهُ، وَلا وَجْهَ إِلَيْهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَامْتَنَعَ أَصْلًا (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ لا لِحَقِّهِ (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا رَأَى الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ) لِأَنَّ الرَّدَّ مُمْتَنِعٌ أَصْلًا قَبْلَهُ فَلا يَكُونُ بِالْبَيْعِ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ، وَعَنْ هَذَا قُلْنَا: إِنَّ مَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ لا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ

لو صبغه أسود فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن السواد عندهما زيادة كالحمرة، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه السواد نقصان كالقطع، فإنما تعذر الرد بتبعه إيَّاه فلا يرجع بنقصان العيب، ونذكر هذا في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

قوله: لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ؛ لأن الخياطة زيادة والزيادة تمنع من الرد حقًّا للشرع، فلا يرتفع المانع برضا البائع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن القطع نقصان، ولهذا لو غصب ثوبًا فقطعه لا ينقطع حق المالك، ولو خاطه قميصًا ينقطع، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي، أي: الثوب المخيط، أو الثوب المصبوغ بالحمرة، أو السويق الملتوت بالسمن، أي: المخلوط به.

قوله: قَبْلَهُ، أي: قبل البيع.

قوله: وَعَنْ هَذَا، أي: عمَّا لو كان المشتري حابسًا المبيع لا يرجع بنقصان العيب عند ظهور العيب وما لو لم يكن حابسًا، بل امتناع الرد بالعيب لمعنى آخر يرجع بنقصان العيب.

قالوا: قلنا مسألتين، إحداهما: اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ لا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العيب؛ لأنه لمَّا قطعه لباسًا لولده الصغير كان واهبًا له وقابضًا لأجله، فتم الهبة بنفس الإيجاب، ويد الواهب هاهُنا تقوم مقام يد الصغير، وحق الولد كان ثابتًا قبل القطع، وبالقطع لولده الصغير أبطل حق الرد بالعيب، وكانت الخياطة بعد القطع له مبطلة حق الرجوع بنقصان العيب؛ لأن علمه بالعيب إنَّما كان بعد إخراج

التَّمْلِيكَ حَصَلَ فِي الأَوَّلِ قَبْلَ الخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِيَ بَعْدَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ.

المبيع عن ملكه، وذلك لا يسوّغ له الرجوع بنقصان العيب، وإن ازداد المبيع بالخياطة بعده فصار كما لو وهب الأجنبي وسلم ثم علم بالبيع، فكان ذكر الخياطة في هذه الصورة وعدم ذكرها بمنزلةٍ؛ لأنه انقطع حق الرد بمجرد القطع له قبل الخياطة، إلا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية، وهي المسألة الثانية.

وهي: ما إذا كان الولد كبيرًا فقطع الثوب الذي اشتراه لباسًا له وخاطه ثم علم بالعيب يرجع بنقصان العيب؛ لأنه لمَّا كان الولد كبيرًا لم يتم الهبة له إلا بالتسليم فكانت الخياطة على ملكه، وكان امتناع الرجوع بسبب الخياطة التي هي زيادة في المبيع، كما لو قطع الثوب المشترى وخاطه لنفسه، أو صبغه أحمر كما مرَّ، لا يحكم الهبة، فلمَّا امتنع حكم الرد في ملكه بسبب الزيادة بالخياطة لم تتفاوت بعد ذلك إن أخرجه عن ملكه بالبيع، أو بالهبة بعد العلم بالعيب، أو لم يخرجه، في جواز الرجوع بنقصان العيب، كما لو باع المشتري الثوب الذي خاطه لأجل نفسه، أو صبغه أحمر بعد العلم بالعيب، فإن بيعه ذلك لا يمنع الرجوع بنقصان العيب كما مرَّ، فكذلك هاهُنا لو سلم لولده الكبير بالهبة بعد الخياطة، والعلم بالعيب لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، فكان كما ذكرنا من الأصل من «الفوائد الظهيريَّة»، وهو المذكور في «المبسوط» مطردًا في هذه المسائل.

وهو: أنَّ في كل موضع له حق رد المبيع برضا البائع، فإذا باعه المشتري لم يكن له أن يرجع بنقصان عيبه، وفي كل موضع لم يكن له أن يرده، وإن رضي البائع فبيعه إيَّاه لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب؛ لأن تعذر الرد هاهُنا بمعنى حكمي دون بيع المشتري إيَّاه، وفي الأول إنما تعذر الرد ببيع المشتري إيَّاه، فكأنه حبسه عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب، فكان قطع الثوب لولده الصغير بمنزلة البيع لما كان في ملكه كما كان ثم علم بالعيب، فلو باعه ثم علم بالعيب لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب، فكذا إذا علم بالعيب بعد القطع لولده الصغير، والقطع والخياطة لولده الكبير بمنزلة خياطة الثوب الذي في ملكه لأجل نفسه، أو صبغه أحمر، أو لتَّ السويق بسمن فامتنع الرد حينئذٍ، لا للحبس بل لأمر شرعي وهو الزيادة المتصلة بالمبيع، فلم يمنع المبيع بعد ذلك عن الرجوع بنقصان العيب وإن كان عالِمًا بعيبه

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ) أَمَّا الْمَوْتُ؛ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَهِي بِهِ وَالِامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لا بِفِعْلِهِ، وَأَمَّا الإِعْتَاقُ فَالقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لا يَرْجِعَ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالقَتْلِ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ العِتْقَ إِنْهَاءُ المِلْكِ؛ لِأَنَّ الآدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الأَصْلِ مَحَلًّا لِلْمِلْكِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ مُوَقَّتًا إِلَى الإِعْتَاقِ فَكَانَ إِنْهَاءً فَصَارَتْ كَالمَوْتِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ وَالرَّدَّ مُتَعَذِّرٌ.

وقت البيع؛ لأن التمليك حصل في الأول، وهو ما إذا قطعه لباسًا لولده الصغير، وفي الثاني وهو ما إذا قطع الثوب لباسًا لولده الكبير.

قوله: وَالِامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لا بِفِعْلِهِ، أي: امتناع الرد بعيب إنما ثبت حكمًا للموت كما في الخياطة والصبغ بالحمرة، لا بفعله كالبيع والقتل، وفيه إشارة إلى أن امتناع الرد بالعيب لو كان بفعله يمنع الرجوع بنقصان العيب، كما إذا باعه أو قتله.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا صبغه أحمر ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب، ولا شكَّ أن الصبغ بفعله.

قلنا: نعم ذلك بفعله، لكن امتناع الرد هناك سبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل، فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا على ما ذكرنا، فعلى هذا يجب أن يزاد في لفظ الكتاب قيد آخر بأن يقال: والامتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة في ملكه، ثم بالقتل لا يثبت الزيادة، وبالبيع يزول عن ملكه، فالقياس أن لا يرجع وهو قول زفر، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَهَذَا؛ - أي: جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء - لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ فَيُجْعَلُ - حينئذٍ - كَأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ، ولهذا يثبت الولاء بالعتق، والولاء أثر من آثار الملك فبقاءه كبقاء أصل الملك، ثمّ إذا تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقةً

وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ بِمَنْزِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ النَّقْلُ مَعَ بَقَاءِ المَحَلِّ بِالأَمْرِ الحُكْمِيِّ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ وَحَبْسُ البَدَلِ كَحَبْسِ المُبْدَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: أَنَّهُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ إِنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ وَإِنْ كَانَ بِعِوَضٍ (فَإِنْ قَتَلَ المُشْتَرِي العَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَمَّا القَتْلُ فَالمَذْكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ

أو حكمًا رجع بنقصان العيب؛ لأنه استحق ذلك بصفة السلامة كما لو تعيّب في يده، فكذا هنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ بِمَنْزِلَتِهِ، أي: بمنزلة الإعتاق من حيث تعذر الرد، ولما في العتق حقيقة الإنهاء، وفي التدبير والاستيلاد نوعُ إنهاء من حيث عدم قبول النقل من ملك إلى ملك، فكانا بمنزلة الإعتاق.

قوله: مَعَ بَقَاءِ المَحَلِّ، احتراز عن الموت والإعتاق.

وقوله: بِالأَمْرِ الحُكْمِيِّ، احتراز عن القتل.

قوله: فَإِنْ قَتَلَ المُشْتَرِي العَبْدَ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ، إلى آخره، والفرق بين الإعتاق وبين القتل والأكل يظهر من الأصل الذي ذكره في «شرح الطحاوي»، وهو أنه متى امتنع الرد من جهة المشتري لفعل مضمون بطل حقه، ومتى امتنع لا من جهته، أو من جهته لكن بفعل غير مضمون لا يبطل حقه في الرجوع.

الأول: نحو أن يملكه من غيره، أو يقتله، أو يعتقه على مال، أو يكاتبه.

والثاني: نحو أن يهلك بآفة سماوية، أو انتقص، أو ازداد زيادةً مانعة للرد.

والثالث: هو أن يعتقه على غير مال، والدليل على أنه غير مضمون أن الوكيل بقبض العبد المشترى قبل نقد الثمن لو قبضه ومات في يده، كان للبائع أن يضمن الوكيل القيمة، ولو لم يوكله بالقبض لكن وكله بالعتق فأعتقه جاز ويصير قابضًا؛ لأن العتق في الشراء قبض،

اللهُ - أَنَّهُ يَرْجِعُ) لِأَنَّ قَتْلَ المَوْلَى عَبْدَهُ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَوِيٌّ فَصَارَ كَالمَوْتِ حَتْفَ أَنفِهِ فَيَكُونُ إِنْهَاءً، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ القَتْلَ لا يُوجَدُ إِلَّا مَضْمُونًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ المِلْكِ فَيَصِيرُ كَالمُسْتَفِيدِ بِهِ عِوَضًا، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ لا مَحَالَةَ كَإِعْتَاقِ المُعْسِرِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا الأَكْلُ فَعَلَى الخِلَافِ، فَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ وَعِنْدَهُ لا يَرْجِعُ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ

وليس للبائع أن يضمن الوكيل القيمة.

قوله: فَصَارَ كَالمَوْتِ حَتْفَ أَنفِهِ؛ لأن الميت مقتول بأجله عندنا، يقال: ماتَ حتف أنفه إذا ماتَ على الفراش، قيل: هذا في الآدمي، ثم عم في كل حيوان إذا ماتَ بغير سبب، كذا في «المغرب».

قوله: أَنَّ القَتْلَ لا يُوجَدُ إِلَّا مَضْمُونًا، لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ليس في الإسلام دم مفرجٌ»، أي: مبطلٌ دمه.

قوله: كَالمُسْتَفِيدِ بِهِ، أي: يملك العبد، فإن المشتري لو قتل عبده استفاد سلامة نفسه بسبب الملك؛ لأنه لو لا الملك لَقُتل به أو وجبت القيمة، فبالملك لا يجب القصاص ولا القيمة، فصار كأنه أخذ عوضًا بإزالة ملكه بالقتل، كما لو باع وأخذ الثمن، وهناك لا يرجع بنقصان العيب، فكذا هنا.

قوله: بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ؛ فإنه ليس بعقد موجب للضمان على الإنسان في ملك الغير مطلقًا؛ لأن إعتاقه في ملك الغير لا ينفذ، ومن أحد الشريكين وإن نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقًا، حتى إذا كان معسرًا لم يضمن شيئًا فهو لم يستفد عوضًا عن ملكه حقيقة وحكمًا.

قوله: وَأَمَّا الأَكْلُ فَعَلَى الخِلَافِ، فَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ، أي: بنقصان العيب.

قوله: وَعِنْدَهُ - أي: وعند أبي حنيفة رحمه الله - لا يَرْجِعُ، وذكر في «الخلاصة»: والفتوى على قولهما.

حَتَّى تَخَرَّقَ، لَهُمَا أَنَّهُ صَنَعَ فِي المَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ فَأَشْبَهَ الإِعْتَاقَ. وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنْهُ فِي المَبِيعِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ وَالقَتْلَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ البَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالعَيْبِ فَكَذَا الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيْعِ البَعْضِ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فِي الكُلِّ، وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنْهُ فِي المَبِيعِ، فلا يرجع بنقصان العيب كالإحراق والقتل؛ وهذا لأن الأكل واللبس موجب للضمان عليه في ملك الغير، وإنما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل، فذلك بمنزله عوض يسلم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا، هذا جواب عن قولهما: بِأَنَّهُ صَنَعَ فِي المَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشِرَائِه؛ لأن الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض، وعن أبي يوسف و محمد رحمهما الله روايتان فيما إذا أكل البعض:

في إحدى الروايتين: رجع بنقصان العيب في الكل؛ لأن الطعام في حكم شيءٍ واحد فلا يرد بعضه بالعيب، وأكل الأكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب، فأكل البعض أَوْلَى.

وفي الرواية الأخرى: يرد ما بقي؛ لأن هذا ممَّا لا يضره التبعيض، فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه، ويرجع بنقصان العيب فيما أكله.

وبعد بيع البعض عنهما روايتان: في إحدى الروايتين لا يرجع بشيءٍ كما هو قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن الطعام في حكم شيءٍ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل، وفي الرواية الأخرى: يرد ما بقي؛ لأنه لا يضرّه التبعيض، ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتبارًا للبعض بالكل، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بِطِّيخًا أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِيَارًا أَوْ جَوْزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بِطِّيخًا، إلى آخره، والفواكه على هذا إذا وجدها فاسدة بعد الكسر، فله أن يرجع بالجميع إذا لم تكن منتفعًا بها بأن كسرها فوجدها منتنَّة أو مُرَّة بحيث لا تصلح لأكل الناس، ولا للعلف.

قال الإمام الحلوانِي رحمه الله: هذا إذا أذاقه فوجده كذلك فتركه، فإن تناول شيئًا منه بعدما أذاقه لا يرجع عليه بشيءٍ، وحاصل هذا إذا كان يصلح لتناول بعض الناس؛ بأن يأكله الفقراء دون الأغنياء، أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب من الثمن، إلا أن يتناول شيئًا منه بعد العلم فلا يرجع بشيءٍ، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي.

وذكر في «الذخيرة»: قال الإمام شمس الأئمة الحلوانِي: يُريد بما ذكر في الكتاب يعني قوله: له أن يرده ويأخذ الثمن كله، هذا إذا وجده خاويًا، أو وجده منتن اللبّ، أو وجد البيض مذرَّةً، وأمَّا إذا وجده قليل اللبّ، أو لم يكن مكتنزًا فهو من باب العيب وليس من باب الفساد، وقد تعذر الرد بسبب الكسر ويرجع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع بأن يأخذ مكسورًا، حتى لو وجده بهذه الصفة قبل الكسر كان له حق الرد بسبب العيب؛ لأن الرد ممكن، وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب، أمَّا إذا كسره وهو عالم بعيبه صار راضيًا فيبطل حقه من كل وجه.

ثم ما ذكر في الكتاب مستقيم في البيض؛ فإنه لا قيمةَ لقشره، فإذا وجده فاسدًا تبيَّن أن المبيع لم يكن مالًا فتعيَّن أن البيع كان باطلًا؛ لعدم مصادفته محله فيردّه ويرجع بجميع الثمن، وفي الجَوْز أيضًا مستقيم إذا لم يكن للقشر قيمة، أمَّا إذا كان للقشر قيمة بأن كان في موضعٍ يعز الحطب ويستعمل قشر الجوز استعمال الحطب، فوجده خاويًا اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يرجع بحصة اللب، ويصح العقد في القشر بحصته؛ لأن العقد في قشره صادف محله، ومنهم من قال: يرد القشر ويرجع بجميع الثمن؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، وإذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودًا وإن كان للقشر قيمة، فتبيَّن أن البيع وقع باطلًا، وإليه مالَ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وأمَّا إذا اشترى بيض نعامة فكسرها ووجدها مذرَّة ذكر بعض المشايخ في «شرح

فَاسِدًا فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ اللُّبِّ (وَإِنْ كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ لَمْ يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّ الكَسْرَ عَيْبٌ حَادِثٌ (وَ) لكِنَّهُ (يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ) دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الكَسْرَ بِتَسْلِيطِهِ، قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الكَسْرِ فِي مِلْكِ المُشْتَرِي لا فِي مِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، وَلَوْ وَجَدَ البَعْضَ فَاسِدًا وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ لا يَخْلُو

الجامع» أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف؛ لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، بخلاف قشر الجَوْز على قول بعض المشايخ.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ، كالقرع إذا وجده مرًّا، أو البيضة إذا كانت مذرَّة، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَلا يُعْتَبَرُ فِي الجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَى مَا قِيلَ، هذا احتراز عن القول الذي ذكرته الآن من رواية «الذخيرة».

قوله: قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الكَسْرِ فِي مِلْكِ المُشْتَرِي، أي: أن البائع رضي بكسر المشتري ملك نفسه لا ملك البائع، فيجبُ مراعاة الخفين وذلك في الرجوع بنقصان العيب، كما إذا كان ثوبًا فقطعه ثم وجد به عيبًا، وهناك الحكم على ما قلنا بالإجماع مع أن القطع حصلَ بتسليط البائع، فكذا هنا لما ذكرنا من المعنى.

قوله: وَلَوْ وَجَدَ البَعْضَ فَاسِدًا، يعني: أن جواب المسألة التي تقدمت فيما إذا وجد الكل فاسدًا، وأمَّا إذا وجد البعض بهذه الصفة فالكلام في حصة ذلك كالكلام في الكل إذا وجده فاسدًا، إلا أنَّ في الجوز إذا كان الفاسد منه مقدار ما لا يخلو الجوز عنه عادة كالواحد والمثنَّى في كل مائة فليس له أن يخاصم البائع لأجله؛ لأنه عند الاقدام على الشراء راضٍ به على الوجه المعتاد، والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لأجل ذلك، كذا في «المبسوط».

عَنْ قَلِيلٍ فَاسِدٍ، وَالقَلِيلُ مَا لا يَخْلُو عَنْهُ الجَوْزُ عَادَةً كَالوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ فِي المِائَةِ، وَإِنْ كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا لا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ المَالِ وَغَيْرِهِ فَصَارَ كَالجَمْعِ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ القَاضِي بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ)؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ فَجَعَلَ البَيْعَ

قوله: وَإِنْ كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا، أراد بالكثير هنا ما وراء الثلاثة في المائة، لا الكثير الذي هو ما زاد على النصف؛ لأنه ذكر في «الذخيرة»: إذا اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدة أو اثنتين أو ثلاثة مذرَّة، لا يكون له أن يرجع بشيءٍ وجعل الثلاثة في المائة قليلة، وأمَّا إذا اشترى عشرة من الجوز فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: يجوز العقد في الخمسة التي فيها اللب بنصف الثمن بالإجماع.

وبعضهم قالوا: يفسد العقد في الكل بالإجماع.

وبعضهم قالوا: العقد فاسدًا في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جمع في العقد بين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له، فصار كالحي والميتة، وعندهما يصح العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن، وهو الأصح؛ لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة.

قوله: فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ القَاضِي بِإِقْرَارٍ، أي: قبل المشتري الأول المبيع الذي باعه من آخر بقضاء القاضي الذي قضى بإقرار المشتري الأول بوجود العيب في المبيع، ثمَّ أنكر إقراره وأثبت المشتري الثاني إقراره بذلك بالبينة، فقضى القاضي فرد المبيع عليه بسبب إقراره.

قوله: لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ الأَصْلِ، فإن قيل: ينتقض هذا بمسائل:

إحداها: أن المبيع لو كان عقارًا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وإن كان الرد بالعيب بالبينة، ولو كان فسخًا من الأصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الأصل.

كَأَنْ لَّمْ يَكُنْ،

والثانية: أن الرجل إذا باع أمته الحبلى من رجل وسلمها إليه، ثم إن المشتري طعن فيها بعيب فردَّها بقضاء القاضي ثمَّ ولدت ولدًا ثم ادَّعاه أبو البائع لا يصح الدعوى، ولو كان الرد بالبينة فسخاً للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في أمة ابنه التي لم يبعها ابنه أصلًا.

والثالثة: رجل باع عبدًا من إنسان ثم أحال بالثمن على المشتري غريمه، ثم إن المشتري ردَّه بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة، ولو كان الرد بالبينة فسخاً للعقد من كل وجهٍ من الأصل لبطلت الحوالة.

قلنا: ذكر محمد رحمه الله في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى، ألا ترى أن من وهب مال الزكاة لرجل قبل الحول وسلَّمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى، ولا يجعل الموهوب عائدًا إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول، فكذلك الرجل إذا وهب دارًا لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجانبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كأن الدَّار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الأخذ بالشفعة، إذا ثبتَ هذا الأصل يخرج عليه ما أحصينا من المسائل:

أمَّا مسألة الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتًا قبل الرد، وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، وكذلك المسألة الثانية؛ لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق، وإنه معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه، وكذلك المسألة الثالثة؛ لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها؛ لأنَّها سابقة على الرد.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله: قول القائل: الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد، وجعل له كأنه لم يكن متناقض متعارض؛ لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن؛ لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل، فإذا انعدم الفسخ من الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه، فيتمكَّن في هذه

غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ العَيْبِ لكِنَّهُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا بِالقَضَاءِ، وَمَعْنَى القَضَاءِ بِالإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الإِقْرَارَ فَأُثْبِتَ بِالبَيِّنَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِالبَيِّنَةِ حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى المُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالمَوْجُودُ هَاهُنَا بَيْعَانِ، فَيُفْسَخُ الثَّانِي وَالأَوَّلُ لا يَنْفَسِخُ (وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ القَاضِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ)؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَإِنْ كَانَ فَسْخًا فِي حَقِّهِمَا وَالأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِعَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ

الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه، ولكن يقال: العقد يجعل كأن لم يكن على التفسير الذي قلنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ العَيْبِ، هذا جوابُ سؤال مقدَّر، يعني غاية أمر تقريرنا في هذه المسألة أن يرد فيها السؤال بأن قيل: لمَّا أنكر البائع الثاني العيب كيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي أنكره؛ إذ ذاك مناقضة منه، فأجاب عنه بأنه ارتفعت مناقضته لمَّا كذبه الشارع في انكاره بقضاء القاضي بالبيِّنة، كمن اشترى شيئًا وأقرَّ أن البائع باع ملك نفسه ثمَّ جاء إنسان فاستحقَّه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبيِّنة على البائع بالثمن، كذلك هاهُنا لما ذكرنا، ويجيء نظير هذا أيضًا في الكفالة وغيرها إن شاء الله تعالى.

وقوله: وَمَعْنَى القَضَاءِ بِالإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الإِقْرَارَ فَأُثْبِتَ بِالبَيِّنَةِ، وإنما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا لم ينكر إقراره بالعيب بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء، بل يرد عليه لإقراره بالعيب، فإذا رد عليه بإقراره بدون القضاء لم يكن له أن يردَّه على بائعه وهي المسألة الثانية؛ لأنه إقالة.

وقوله: وَهَذَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ، متعلق بمحذوف؛ لأن تقديره: والبيع الأول قائم بنفسه فلم يفسخ البيع الأول بفسخ البيع الثاني، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ، إلى آخره، وبهذا صرَّح فخر الإسلام في «الجامع الصغير».

قوله: وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِعَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ، كالإصبع الزائدة أو الناقصة.

أَنْ يُخَاصِمَ الَّذِي بَاعَهُ) وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَفِيمَا لا يَحْدُثُ سَوَاءٌ، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ البُيُوعِ: إِنْ كَانَ فِيمَا لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ العَيْبِ عِنْدَ البَائِعِ الأَوَّلِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلِفَ

قوله: وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ - كالقروح والأمراض - وَفِيمَا لا يَحْدُثُ سَوَاءٌ، أي: وضع المسألة في «الجامع الصغير» في العيب الذي لا يحدث مثله في عدم ولاية الخصومة عند قبوله بغير القضاء يتبيَّن أن العيب الذي يحدث مثله والعيب الذي لا يحدث مثله سواء في عدم ولاية الخصومة مع البائع الأول؛ وذلك لأنه لمَّا لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله مع أنا نتيقن أن ذلك العيب كان موجودًا في يد البائع الأول، كان أوْلَى أن لا يتمكن من الردِّ في العيب الذي يحدث مثله؛ لأنه يحتمل أنه حدث عند المشتري لا عند البائع، فهذا هو فائدة وضع «الجامع الصغير».

وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولو ردَّه المشتري الآخر على بائعه بغير قضاء القاضي فليس له أن يردَّه على بائعه أبدًا، سواء كان عيبًا يحدث مثله أو لا يحدث في أصح الروايتين، وذكر في بعض نسَخ البيوع: أن في العيب الذي لا يحدث مثله يردَّه على بائعه سواءٌ رُدَّ عليه بقضاء القاضي أو بغير قضاء؛ لأنا تيقَّنا بوجود العيب عند البائع الأول، وقد فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي لو رفعا الأمر إليه.

ووجه الرواية الصحيحة أن الرد بغير قضاء القاضي إقالة تعتمد التراضي، فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول، فلا يعود إليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ - أي: المشتري - عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلِفَ البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً، فإن قلتَ: ما وجه صحة هذا اللفظ؛ إذ ظاهره

البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ

يقتضي فساد المعنى؛ لأنه غيا عدم إجبار المشتري على دفع الثمن إلى أحد الشيئين، وهما حلف البائع وإقامة المشتري بيِّنة على أن العيب كان عند البائع، وما بعد الغاية يخالف لما قبل الغاية، فيلزم إجبار المشتري على دفع الثمن عند وجود أحدهما، وكان المعنى: لا يجبر المشتري على دفع الثمن حتى يحلف البائع، أو يقيم المشتري بينة على أن العيب كان عند البائع، فحينئذٍ يجبر، وهذا مستقيم في حلف البائع، وأمَّا في إقامة المشتري بيِّنة على أن العيب كان عند البائع فغير مستقيم أصلًا؛ لأن عند إقامة المشتري بيِّنة على أن العيب كان عند البائع يردُّ المبيع على بائعه بالعيب فكيف يجبر على دفع الثمن؟

قلتُ: نعم كذلك، إلا أنه يدرج لفظ عام يدخل تحته الغايتان فيقال: لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم، أي: حكم الإجبار أو حكم عدم الإجبار؛ لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام.

وكان شيخي رحمه الله في قوله: عَلَفْتُهَا تِبْنًا وماء بَارِدًا،[1] يقول: بجعل العلف في معنى فعل عام يدخل تحته العلف والسقي، وهو أطعمتُها، فلا يحتاج حينئذٍ إلى إدراج: وسقيتُها ماءً باردًا؛ إذ الإطعام يستعمل في معنى السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]، أي: ومن لم يشربه.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» بعد ما ذكر لفظ رواية «الجامع الصغير» كما ذكرتُ من لفظ الكتاب فقال: وفي هذا التركيب نظر؛ لأنه جعل أحدهما غاية لنفي الإجبار على الأداء، ونفي الإجبار على الأداء لا ينتهي بإقامة البينة بل يستمر، ثم قال: وأمكن تصحيحه بتقدير الخبر المذكور ثانيًا ومعناه: أو يقيم المشتري البيّنة فيستمر عدم الإجبار، وإنما لم يجبر على الأداء؛ لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد؛ لأنه لو قضى رُبَّما يحتاج إلى نقض القضاء، وأمكن تحقيق معنى الصيانة بالتلوّم والانتظار إلى انكشاف الحال.

قوله: حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ، أي: أنكر المشتري تعيّن حقه في المبيع بدعوى العيب؛

(١) هذا بيت من الشعر لا يعرف قائله، وتمامه: حَتَّى شَتَتْ هَمَّالَةً عَيْنَاهَا، انظر: «الصحاح» (١/ ٣١٩).

بِدَعْوَى العَيْبِ، وَدَفْعُ الثَّمَنِ أَوَّلًا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ المَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ العَيْبُ فَيُنْتَقَضُ القَضَاءُ فَلَا يَقْضِي بِهِ صَوْنًا لِقَضَائِهِ (فَإِنْ قَالَ المُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ اُسْتُحْلِفَ البَائِعُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ وَلَا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُودِ؛ لِأَنَّ فِي الِانْتِظَارِ ضَرَرًا بِالبَائِعِ، وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ، أَمَّا إِذَا نَكَلَ أَلزِمَ العَيْبَ؛

لأنه يقول: حقي في السليم لا في المعيب، فكان منكرًا فلا يجبر.

فإن قيل: الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق، وما ادَّعاه المشتري من العيب موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقَّق.

قلنا: وإن كان ما ادَّعاه المشتري من العيب موهومًا لكن يجب على القاضي صيانة قضائه عن البطلان، فإنه لو أجبر المشتري على أداء الثمن ثمَّ أقام المشتري البينة على ما ادَّعاه يحتاج القاضي إلى نقض قضائه، وسعيُ الإنسان في نقض ما تمَّ من جهته مردودٌ.

قوله: اُسْتُحْلِفَ البَائِعُ وَدُفِعَ الثَّمَنُ، كلاهما بصيغة المجهول.

قوله: وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ، أي: بالمشتري.

قوله: لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ؛ لأنه لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة ورد المبيع على البائع بالعيب بالحجة، وهي إقامة البينة.

وفي **قوله:** لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ، دلالة على أن إقامة البينة من المدعي بعد يمين المدعى عليه معتبرة، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله، وفي «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، فقال في أدب القاضي: قال رجل: لا بينة لي، فحلف خصمه ثم أتى ببينة تقبل في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال محمد: لا تقبل، ولا تحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف رحمهما الله.

وفي «جمع النسفي»: في قبول هذه البينة عن أصحابنا روايتان، ولو قال: ليست لي بينةٌ حاضرةٌ ثم أتى ببينة تقبل في الروايات كلها.

لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ. قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا لَمْ يُحَلَّفَ الْبَائِعُ،

وفي «روضة القضاة»: بينتي غائبة عن المصر لم يحلف عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف: يحلف.

وفي «الأجناس»: وكذا لو قال: لي بينة حاضرة فأحلفه، فإن حلف جئتُ بالبينة لم يحلف في قول أبي حنيفة، خلافًا لأبي يوسف رحمهما الله، وإن قال: بينتي غيّب فأحلفه، وإن حلف جئت ببينتي يحلف في قولهم جميعًا.

وفي «الجامع الصغير» للإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: وإن قال: شهودي بالشام فأمهلني حتى تحضر شهودي، أو آتيك بكتاب حكمي، لم يلتفت القاضي إلى كلامه، ولكنه يأمره بدفع الثمن إذا حلف البائع بعد ما طلب المشتري يمينه، ثمَّ هو على حجته إذا حضر شهوده؛ لأن السبب الموجب لأداء الثمن على المشتري وهو البيع معلوم، وما يدَّعيه المشتري من البائع وهو العيب موهوم، والموهوم لا يعارض المعلوم.

قوله: لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ، أي: لأن النكول حجة في ثبوت العيب، وهذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع، وعن النكول في الأشياء الستة على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا - وكذبه البائع - لَمْ يُحَلَّفَ الْبَائِعُ، إلى آخره، ثم إنَّما عين وضع المسألة في الإباق، وكذلك في السرقة والجنون والعيوب التي لا تشاهد ليبتني عليه مسألة التحليف؛ لأن المشتري إذا ادَّعى عيبًا ظاهرًا بالمبيع وهو مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة أو الناقصة، فإن القاضي يقضي بالرد من غير تحليف إذا طلب المشتري؛ لأنا تيقَّنا بوجوده في يد البائع، كذا في «الإيضاح».

وحاصل ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير» فقال: المشتري إذا ادَّعى بالمبيع عيبًا فهو على وجوه أربعة:

(١) أحدها أن يدَّعي عيبًا ظاهرًا كالعمي والإصبع الزائدة والسّن الشاغية[1].

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): السنّ الشاغية: هي الزائدة على الأسنان، وهي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الأسنان، يقال: رجل أشغى، وامرأة شغواء.

....

(٢) أو باطنًا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال.

(٣) أو عيبًا يطلع عليه النساء دون الرجال كالقرن والرتق.

(٤) أو يدَّعي عيبًا لا يعرف إلا بالتجربة والإخبار كالإباق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون.

ففي الوجه الأول يسمع القاضي دعوى المشتري فلا يكلفه إثبات العيب لسماع الدعوى؛ لأنه ثابت عيانـًا، وإذا سمع دعواه فإن كان عيبًا لا يحدث فيما مضى من الزمان بعد البيع فإن القاضي يرده على البائع؛ لأن القاضي تيقن بوجود العيب عند البائع فيردّه، إلا إذا ادَّعى البائع الرضاء أو الإبراء ويثبت ذلك بالبينة، وإن لم يكن له بينة يستحلف المشتري على ما ادَّعى؛ لأنه ادَّعى عليه معنًى لو أقرَّ به يلزمه، فيحلّف لرجاء النكول، هذا إذا كان العيب لا يحدث مثله عند المشتري، وإن كان يتصور حدوثه عند المشتري فإن القاضي إذا سمع دعوى المشتري يقول للبائع: هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال: نعم يرده عليه إلا إذا ادَّعى الرضا والإبراء، ويكون هذا والوجه الأول سواء، وذكر باقيه في الكتاب.

وإن كان العيب باطنًا لا يعرفه إلا الأطباء، كوجع الكبد والطحال ونحو ذلك، فإن كان البائع مقرًّا بقيام العيب للحال يقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال: نعم أو أنكر فاستحلف فنكل، أو أقام المشتري ببينة على أنه كان عنده ردَّ عليه، إلا إذا ادعى الرضاء أو الإبراء.

وإن أنكر البائع قيام العيب للحال يريه أهل العلم بذلك، فإن أخبر بذلك رجل واحد يثبت العيب في حق سماع الدعوى، وتوجه اليمين على البائع، لا في حق الرد، فيقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال: نعم أو أقام المشتري بينة قضى عليه بالرد، وإن لم يكن له بينة يستحلف البائع إلا أن يدعي الرضاء أو الإبراء، وإن ثبتَ العيب بشهادة عدلين مسلمين فإن كان قبل القبض يرد على البائع، وكذا إذا كان بعد القبض؛ لأنه لا يحتمل الحدوث عند المشتري؛ لأن العيب يثبت بما هو حجة فيرد، وإن كان يحتمل الحدوث عند المشتري وأنكر البائع أن يكون عنده يحلف البائع، فإن حلف انقطعت الخصومة، وإن نكل

حَتَّى يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ) وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ؛

ردَّه عليه، وإن كان عيبًا لا يطلع عليه الرجال فإن القاضي يريه النساء، والواحدة تكفي والثنتان أحوط، وإن قلن: بها هذا العيب للحال يثبت العيب في حق توجه الخصومة.

ثم المسألة على وجهين: إن كان بعد القبض لا يرد بشهادة النساء بالاتفاق ولكن يحلّف البائع، فإن حلف لا يردّ، وإن نكل يرد عليه بنكوله، وإن كان قبل القبض ذكر الخصّاف أنَّ على قول أبي يوسف رحمه الله يرد من غير يمين البائع، وقال محمد رحمه الله: لا يردّ حتى يحلّف البائع.

وأمَّا الوجه الرابع: وهو الإباق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون، فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود هذه العيوب عند المشتري، إلا أن في الإباق والسرقة والبول في الفراش يعتبر مع ذلك اتحاد الحالة لصحة الدعوى، وفي الجنون لا يشترط اتحاد الحالة لما ذكرنا، فإن أقام المشتري بينة أنه أبق عنده، أو جنَّ، أو سرق، أو بالَ سمع دعواه، ويقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك في الحالة التي كانت عند المشتري؟ إن قال: نعم، رده عليه إلا إذا ادَّعى الرضا أو الإبراء، وإن أنكر أن يكون عنده، أو ادَّعى اختلاف الحالة في الإباق والبول في الفراش والسرقة يقول القاضي للمشتري: ألك بينة؟ فإن أقامها عليه ردَّه عليه، إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء، وإن لم يكن له بينة على ذلك يستحلف البائع على البتات لما ذكرنا.

قوله: حَتَّى يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ، -أي: عند المشتري- وَالْمُرَادُ التَّحْلِيفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ، أي: عند البائع.

اعلم بأن قيام العيب في الحال يشترط لاستماع الخصومة.

فإن قيل: أيّ فرق بين هذا وبين الدَّين، فإن من ادَّعى على آخر دينًا وأنكر المدعى عليه قيام الدين فالقاضي يأمر المدعى عليه بالجواب، وإن لم يثبت قيام الدين في الحال، فكما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فكذلك سلامة الذِّمم عن الدين أصل والعيب عارض.

لِأَنَّ القَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلَهُ وَلَكِنَّ إِنْكَارَهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ العَيْبِ بِهِ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ) كَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَإِنْ شَاءَ حَلَّفَهُ بِاللهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي يَدَّعِي أَوْ بِاللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ أَمَّا لا يُحَلِّفُهُ بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، وَلا

قلنا: الفرق بينهما هو أن قيام الدين في الحال لو كان شرطًا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي إلى إحياء حقه عسى؛ لأنه رُبَّما لا يكون له بينة أصلًا، أو كانت له بينة لكنه لا يقدر على إقامتها، إمَّا لموتهم أو لغيبتهم، وأمَّا في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشتري إلى إحياء حقه؛ لأن العيب إذا كان ممَّا يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَمَعْرِفَتِهِ، أي: ومعرفة قيام العيب.

قوله: وَإِنْ شَاءَ حَلَّفَهُ بِاللهِ مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ، أي: ليس للمشتري حق الرد عليك أيّها البائع.

قوله: أَوْ بِاللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ، أي: عندك أيّها البائع، كان من حق الحلف أن يقول: بالله ما أبق عندي قط، لكن القاضي يخاطب البائع بهذا، والبائع عند الحلف يقول: ما أبق عندي قط.

فإن قيل: في دعوى الإباق والسرقة ينبغي أن يحلف على العلم دون البتات؛ لأنه تحليف على فعل الغير، فإن المراد به سرقة العبد وإباقه، والعبد غير البائع.

قلنا: له من وجهين:

أحدهما: ما قاله شمس الأئمَّة الحلواني: قولنا: التحليف على فعل الغير يكون على العلم يطرد في جميع المسائل، إلا في دعوى الإباق والسرقة، وإنما يحلف على البتات؛ لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليمًا، فالاستحلاف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، فلذلك

بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ العَيْبَ قَدْ يَحْدُثُ بَعْدَ البَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، وَالأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنْهُ وَالثَّانِي يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي اليَمِينِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَقْتَ التَّسْلِيمِ دُونَ البَيْعِ، وَلَوْ

يحلِّف على البتات.

والثانِي: أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادَّعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك، أمَّا إذا ادَّعى أنَّ لي علماً بذلك فيحلف على البتات، ألا ترى أن المودع إذا قال: قبض المودع الوديعة، فالقول قول المودع، ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وإن كان القبض فعل المودع، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: ويستحلف البائع على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وهو تسليم المعقود عليه سليمًا كما التزمه.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي، أي: في هذا المذكور وهو قوله: بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، وقوله: بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ.

قوله: وَالأَوَّلُ - وهو قوله: بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ - ذُهُولٌ عَنْهُ، أي: غفلة عنه، يقال: ذهلتُ عن الشيء بالكسر ذهولًا، غفلتُ.

قوله: وَالثَّانِي - وهو قوله: بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ - يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ، وهما العيب حالة البيع وحالة التسليم، فكان تأويل البائع وغرضه من هذه اليمين عدم وجود العيب في الحالتين جميعا، فإذا وجد في حالة التسليم بعد البيع كان بارًّا في يمينه؛ لأن الكل ينتفي بانتفاء الجزء فيتضرر به المشتري حينئذٍ، وإنما قال: يُوهِمُ، إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح، ولكن يوقعه في وهم الصحة للوجه الذي ذكرنا، وهو أن الكل ينتفي بانتفاء الجزء.

أو نقول: إن قوله: وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، الواو فيه للحال، فيُوهم أنه يتأول أنه حال

لَمْ يَجِدِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَأَرَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ يُحَلَّفُ عَلَى قَوْلِهِمَا. وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحْلِيفُ.

أحدهما لا حالهما، وإنما قلنا: إن تأويله ذلك ليس بصحيح؛ لما ذكر في «المبسوط» هذه المسألة فقال: وإن لم يكن للمشتري بينة يحلف البائع البتة: بِاللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، وإنَّما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم، إلا أنَّهم قالوا: النظر للمشتري ينعدم إذا ما استحلفه بهذه الصفة، فإن العيب لو كان حادثًا بعد العقد قبل التسليم كان للمشتري حق الرد، والبائع بارّ في يمينه فإن العيب لم يكن موجودًا عند العقد، فالأحوط أن يحلّفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد إليه ولم يكن به هذا العيب.

ثم قال: قال الشيخ رحمه الله: وعندي الأول أصح؛ لأن البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم، فلا يكون بارًّا في يمينه إذا لم يكن العيب منتفيًا في الحالتين جميعًا.

قوله: عَلَى قِيَامِ العَيْبِ عِنْدَهُ، أي: عند نفسه وهو المشتري.

قوله: مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ، أي: عند المشتري، وإنما يحلّف البائع هاهُنا بالعلم؛ لأنه يحلف على فعل غيره بعد وجود التسليم، ثم إذا استحلف القاضي البائعَ عندهما في هذه الصورة فنكلَ يحلف البائع مرَّة أخرى على البتات في الجنون: بالله لقد باعه وقبض المشتري وما جن قبل ذلك قط، وفيما سوى الجنون يحلف: بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق، وما سرق، وما بال منذ بلغ مبلغ الرجال، لما ذكرنا من الفرق، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ، إلى أن قال: فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحْلِيفُ، أي: صحة التحليف يترتب على إقامة البينة، فإن في كل موضع يصح إقامة البينة يصح التحليف، وهاهُنا يصح إقامة البينة من المشتري بالاتفاق فيصح التحليف؛ ولأن المشتري ادَّعى على البائع معنى لو أقرَّ به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

وَلَهُ عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ أَنَّ الحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَلَيْسَتْ تَصِحُّ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ العَيْبِ، وَإِذَا نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى

قوله: وَلَهُ عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ أَنَّ الحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ، إلى آخره، ففي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتيب البينة على الدعوى أن تكون الدعوى صحيحة، بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلًا كما في الحدود، فأوْلَى أن تقوم عند فوات صحتها، وإذا كان كذلك لم يلزم من صحة ترتيب البينة على مثل هذه الدعوى التي هي فاسدة أن يلزم صحة ترتب التحليف عليها؛ لأنه يجوز أن تقبل البينة في موضع ولا يقبل التحليف، ألا ترى أن الوكيل والوصي يعتبر إقامة بينتهما على الوكالة والوصاية، ولا يستحلف منكر الوكالة والوصاية، وكذلك في باب الحدود.

وإنما قلنا: أن الدعوى ليست بصحيحة؛ لأن الدعوى إنما تصح ممَّن هو خصم للمدعى عليه، ولا يصير المدعي وهو المشتري هاهُنا خصمًا للمدعى عليه وهو البائع، إلا بعد إثبات العيب بالحجة الشرعية على أنه موجود في الحال ولم يقدر على إثباته، بل عجز عن إقامة البينة على قيام العيب في المبيع في الحال فلا يكون خصمًا.[(١)]

ثمَّ الفرق بين إقامة البينة والتحليف حيث لم يشترط صحة الدعوى في البينة واشترطت في التحليف، هو أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيًا سابقة الخصم، ولن يكون المشتري خصمًا للبائع هنا إلا بعد إثبات قيام العيب في يد المشتري، ولم يثبت ذلك فلا يكون خصمًا، فلم يشرع التحليف لانتفاء موجبه وهو قطع الخصومة، وأمَّا البينة فمشروعة لإثبات كونه خصمًا فيكون أبدًا من غير خصم، ألا ترى أن الرجل يقيم البينة على أنه وارث فلان، أو وكيل فلان فإنه يصح، فبالوارثة والوكالة تثبت الخصومة بينهما، لدعوى كل واحد منهما خلاف ما يدعيه الآخر.

قوله: عَلَى الوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، أي: من صفة التحلف بأنه يحلف على البتات.

---

(١) في نسخة لاله لي (لل) تحت السطر: أي: فلا يكون المشتري خصماً للمدعى عليه.

فِي إِبَاقِ الكَبِيرِ يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ البُلُوغِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَقَالَ البَائِعُ: بِعْتُكَ هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا وَقَالَ المُشْتَرِي: بِعْتَنِيهَا وَحْدَهَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي)؛ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ فَيَكُونُ القَوْلُ لِلْقَابِضِ كَمَا فِي الغَصْبِ (وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ المَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي المَقْبُوضِ) لِمَا بَيَّنَّا.

قوله: يَحْلِفُ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لأنه لو حلف مطلقًا كان فيه ترك النظر في حق البائع؛ لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق في يد البائع حالة الصغر، ومثل هذا الإباق غير موجب للرد لما ذكرنا، فيمتنع البائع عن الحلف بأنه لم يأبق حذارًا عن اليمين الكاذبة، فيقضى عليه برد العبد بسبب نكوله عن اليمين مع أنه ليس للمشتري ولاية الرد في هذا، فيتضرر البائع فيكون القول للقابض كما في الغصب، فهذا أحق.

ولأن المنازعة بينهما فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ فالمشتري ينكر الزيادة، ثم البيع انفسخ في المردود بالرد، وذلك مسقط للثمن عن المشتري، والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهرَ سبب المسقط، والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه.

قوله: وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ المَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي المَقْبُوضِ، أي: في مقدار المقبوض، بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع للمشتري: قبضتَهما، وقال المشتري: ما قبضتُ إلا إحداهما، فالقول قول المشتري هناك فهاهُنا أَوْلَى؛ لأن كون المبيع شيئين كان أمارةً ظاهرةً في أن المقبوض أيضًا شيئان؛ لأن العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض، فهاهُنا أَوْلَى.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى أنه إذا وقع الاختلاف في مقدار المقبوض كان القول قول القابض؛ لأنه أعرف بما قبضه.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيْبًا فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَدَعُهُمَا)؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا فَيَكُونُ تَفْرِيقُهَا قَبْلَ التَّمَامِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ القَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالعَقْدِ فَالتَّفْرِيقُ فِيهِ كَالتَّفْرِيقِ فِي العَقْدِ، وَلَوْ وَجَدَ بِالمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ. وَيُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَرُدُّهُمَا؛ لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ تَعَلَّقَ بِقَبْضِ المَبِيعِ

قوله: لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا، أي: البيع اللازم، وهو الذي لا خيار فيه، إنما يتم بقبض المبيع؛ لما أن تصرف المشتري بالمبيع قبل القبض لا يصح، فكانت الصفقة غير تامة قبل القبض، وإنما قلنا: أن معنى الصفقة هذا؛ استدلالًا بما ذكر في «الإيضاح» وقال فيه:

وتفسير الصفقة هو العقد الذي تناهي في حق موجبه، قال عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار»، معناه: إمَّا أن يكون متناهيًا في اللزوم، أو ينفي اللزوم بشرط الخيار.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى قوله قبل باب خيار العيب: لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لا تَتِمُّ قَبْلَهُ.

قوله: وَهَذَا؛ لِأَنَّ القَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالعَقْدِ، لوجهين:

أحدهما: أن القبض مثبت ملك التصرف وملك اليد، كما أن العقد مثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد.

والثاني: أن القبض مؤكد لما أثبته العقد، ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر؛ لأن نصف المهر كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج، فالشهود أكدوا نصف المهر، فصاروا كأنَّهم ألزموا نصف المهر على الزوج، وحكم الشبه حكم ذلك الشيء من وجه، ألا ترى أن العبادة على النار حرام، ولو صلى متوجهًا إلى نار مكروه، وكذلك الصلاة بقرب النجاسة مكروه.

وَهُوَ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَصَارَ كَحَبْسِ المَبِيعِ لَمَّا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ بِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لا يَزُولُ دُونَ قَبْضِ جَمِيعِهِ، وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُ خَاصَّةً خِلَافًا لِزُفَرَ، هُوَ يَقُولُ: فِيهِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ وَلا يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ القَبْضِ وَخِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَلَنَا أَنَّهُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ بَعْدَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ بِالقَبْضِ تَتِمُّ الصَّفْقَةُ فِي خِيَارِ العَيْبِ، وَفِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ لا تَتِمُّ

قوله: فَصَارَ كَحَبْسِ المَبِيعِ لَمَّا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ، أي: زوال الحبس في المبيع تعلق بقبض كل الثمن لا ببعضه، فكذا هنا لمَّا تعلق تمام الصفقة بالقبض وجبَ أن يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتبارًا لجانب المبيع بجانب الثمن.

قوله: وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُ خَاصَّةً، قيل: هذا في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين، أمَّا إذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى قال مشايخنا: إذا اشترى زوجي ثور وقبضهما، فوجد بأحدهما عيبًا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة، ثم في الشيئين الذي يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع لو قال المشتري: أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان، ليس له ذلك؛ لأنه إذا أرضي هذا المعيب فات حقه في صفة السلامة، فلم يكن له أن يطالبه بالنقصان، والاستحقاق بمنزلة العيب قبل القبض وبعده، كذا في «الإيضاح»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلا يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ، أي: البائع لا يعرى عن ضرر عند التفريق وإن كان بعد القبض.

قوله: لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ، وهذا لا يتفاوت بما بعد القبض أو قبل القبض.

قلنا: إن تضرر البائع إنَّما جاء من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري، وهذه النكتة تقتضي أن يتمكن من رد المبيع قبل قبضهما أيضًا، لكن لو قلنا به فيما قبل القبض يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فلا يجوز ذلك، كما في خيار الشرط والرؤية؛ لأن الصفقة فيهما

بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلِهَذَا لَوِ اسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ.

غير تام وإن اقترن القبض بهما، وأمَّا خيار العيب فإن الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند صفة السلامة كما أوجبه العقد، بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية، فلمَّا تمت الصفقة بالقبض في خيار العيب لم يكن بالتفريق بأس بعد القبض؛ لأن ذلك تصرف من المشتري ابتداءً في ملكه، ولمَّا كان كذلك تعلق جواز التفريق بقبض المبيع وعدم الجواز بعدم قبض المبيع.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إن وجد العيب بالمقبوض اعتبر الآخر مقبوضاً حتى كان له أن يرد المعيب خاصة، وإن وجد العيب بغير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض حتى لا يرد المعيب خاصة؛ لأن الوجهين تعارضا فوجب العمل بهما، والصحيح جواب الكتاب وهو إطلاق قوله: فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَدَعُهُمَا؛ لأنهما لمَّا تعارضا بقي على ما كان وهو عدم ولاية الرد، إلى هذا أشار شمس الأئمَّة، وفخر الإسلام رحمهما الله.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله: لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، وما ذكر بعده بخطوط: بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لا تَتِمُّ قَبْلَهُ؛ وذلك لأن الصفقة تتم بالرضا، والرضا يتم بالعلم، والعلم يثبت بالرؤية، وقبل الرؤية لا علمَ له فلا يكون له رضا، فلا تتم الصفقة بدون الرضا، علم أن خيار الرؤية مانع تمام الصفقة، وأمَّا خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لوجود تمام الرضا من المشترى عند القبض عند صفة السلامة كما أوجبه العقد، والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد.

قوله: وَلِهَذَا لَوِ اسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا - أي: بعد قبضهما - لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ، أي: ليس للمشتري أن يرد الآخر بل يلزم العقد على المشتري في الآخر، وبهذا يستدل على أن تفريق الصفقة بعد القبض جائز، وإن كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق، فيجب أن يكون في خيار العيب كذلك، وهو أن لا يجوز قبل القبض ويجوز بعد القبض، ولكن هذا الذي ذكره في الاستحقاق بأنه يلزم العقد في الآخر، ولا يبقى له ولاية ردِّ الآخر بعد القبض

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ المَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛

فيما لا يضره التبعيض كالعبدين فاستحق أحدهما، وأمَّا إذا كان يضره التبعيض كالعبد الواحد، أو كالثوب الواحد فاستحق بعض العبد أو بعض الثوب فله أن يرد الآخر، وهو قوله في الكتاب بعد هذا بخطوط بقوله: وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الخِيَارُ.

قوله: وَمُرَادُهُ بَعْدَ القَبْضِ، إنما قيَّد بهذا؛ لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم بين المكيل والموزون وبين سائر الأعيان من العبيد والثياب، فإنه لا يجوز تفريق الصفقه برد المعيب خاصة، بل عدم جواز التفريق شامل في الكل سواءٌ كان في خيار العيب أو في خيار الاستحقاق، وسواءٌ كان في العبيد والثياب أو في المكيل والموزون، وأمَّا إذا كان بعد القبض فيجوز التفريق فيما عدا المكيل والموزون، وأمَّا في المكيل والموزون فلا يجوز التفريق بعد القبض فيهما خاصة إذا كانا في وعاءٍ واحدٍ على ما هو اختيار المشايخ رحمهم الله، كما لا يجوز قبل القبض فيهما وفي سائر الأعيان، وقيل: هذا إذا كان في وعاءٍ واحدٍ.

وبعض المتأخرين يقولون: هذا إذا كان الكل في وعاءٍ واحدٍ، فأمَّا إذا كانا في وعائين فوجد ما في أحد الوعائين معيبًا فله أن يرد ذلك بالعيب إن شاء، بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير؛ لأنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، والأظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة أنه كشيءٍ واحدٍ، سواءٌ كان في وعاءٍ واحدٍ أو في وعائين، فإمَّا أن يرد الكل أو يمسك الكل، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ المَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كالحنطة مثلًا، هذا احتراز عمَّا إذا كان المكيل من جنسين، كالحنطة والشعير فإن هناك لا يكونان كشيءٍ واحدٍ حتى جاز للمشتري أن يرد المعيب هناك خاصة.

قوله: فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، كالثوب والدار والعبد، ففي الشيء الواحد إذا وجد ببعضه عيبًا ليس له إلا ردّ الكل أو إمساك الكل؛ لأنه لو رد الجزء المعيب في الشيء الواحد كان شركة بين البائع والمشتري في ذلك العين، والشركة في الأعيان المجتمعة عيبٌ، فلو ردَّ

أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الكُرُّ وَنَحْوُهُ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وِعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّى يَرُدَّ الوِعَاءَ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ العَيْبَ دُونَ الآخَرِ.

المعيب خاصَّة يرده بعيب زائد وليس له ذلك، ولو تعيّب المبيع عند المشتري بعيب لم يبق له ولاية الردّ فكذا هنا.

فإن قيل: يشكل بالعبدين له أن يرد أحدهما بعد القبض، فما الفرق بينهما؟

قلنا: هما مميزان حقيقةً فلا يكون التميز فيهما موجبًا زيادة العيب؛ لأن مالية السليم لا تكون ثابتة في حق المبيع؛ لأنه منفصل عن السليم فتمييز المعيب لا يوجب زيادة عيب في المعيب، يُوضحه: أن المكيل والموزون كشيءٍ واحدٍ من حيث التقدير، وإن كان أشياء من حيث التحقيق؛ لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع؛ لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم حتى لا يجوز بيعها، فإذا كان كذلك كان الكل كشيءٍ واحدٍ، ولهذا جعل رؤية البعض كرؤية الكل كالثوب الواحد، بخلاف العبدين والثوبين؛ لأن كل واحد منهما بصفة الانفراد.

فإن قيل: لو كان المكيل والموزون كشيء واحد في الحكم، كان يجب أن يقال: إذا استحق البعض بعد القبض يكون له حق رد الباقي كما في الثوب الواحد والعبد الواحد، وليس كذلك بالإجماع.

قلنا: في استحقاق البعض بعد القبض عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، فعلى إحدى الروايتين السؤال ساقط، وعلى الرواية الأخرى يقول في الاستحقاق: يعتبره شيئًا واحدًا أيضًا كما في العيب، إلا أن استحقاق بعض المكيل والموزون لا يوجب عيبًا فيما استحق ولا فيما لم يستحق؛ لأن المستحق في المالية وغير المستحق سواءٌ، فلا يزول بسبب الاستحقاق شيءٌ من المالية في الباقي حتى يكون عيباً، وكذلك لا يوجب نقصانًا في الانتفاع بالباقي؛ لأنَّهما يقتسمان، بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبًا وميّزه ليردّه؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب

(وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، وَالِاسْتِحْقَاقُ لا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا العَاقِدِ لا بِرِضَا المَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ القَبْضِ، أَمَّا لَوْ كَانَ قَبْلَ القَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الخِيَارُ)؛ لِأَنَّ التَّشْقِيصَ فِيهِ عَيْبٌ،

يوجب زيادة عيب، كذا في «الجامع الصغير» البرهاني[1]، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ - أي: لو استحق بعض الشيء الذي اشتراه ممَّا يكال أو يوزن وقبضه - فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ، بل يلزم العقد على المشتري في الباقي، ففي هذا افترق حكم الاستحقاق مع حكم العيب؛ لأنه ذكر قبله.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَوْ أَخَذَهُ،[2] ومراده بعد القبض حيث لم يلزم العقد على المشتري في غير المعيب إذا كان المشتري ممَّا يكال أو يوزن، وفي فصل الاستحقاق ألزم العقد على المشتري في غير المستحق، وحصل من هذا أن حكم العيب مع حكم الاستحقاق يستويان فيما قبل القبض في جميع الصُّور، سواءٌ كان المشتري ممَّا يكال أو يوزن أو غيرهما، ويستويان أيضًا فيما بعد القبض في غير المكيل أو الموزون؛ لأنه ذكر في العبدين، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر، ويفترقان في المكيل والموزون إذا كان بعد القبض وهو قوله: وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ.

قوله: وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الخِيَارُ، أي: إذا كان المشترى ثوبًا وقد قبضه المشتري ثم استحق مستحق بعض الثوب، فللمشتري الخيار في رد ما بقي، وإنما قيَّدنا بقولنا: وقد قبضه المشتري؛ لأنه لو ظهر الاستحقاق قبل القبض كان الثوب وغيره سواءً في ثبوت الخيار له في ردِّ ما بقي، فلا يكون حينئذٍ لتخصيص الثوب فائدة، وأمَّا إذا كان بعد قبض المبيع ففي

---

(١) أي: في «شرح الجامع الصغير» للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عُمر بن مازة صاحب «المحيط».
انظر: «الجواهر المضية» (٢/ ٤٤٩)، ط: مير محمد كتب خانه - كراتشي.

(٢) قد مرَّ هذا النص في المتن قبل الصفحتين.

وَقَدْ كَانَ وَقْتَ الْبَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ فَهُوَ رِضًا)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الِاسْتِبْقَاءَ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ هُنَاكَ لِلِاخْتِبَارِ وَأَنَّهُ بِالِاسْتِعْمَالِ فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عَلَفًا فَلَيْسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ،

المكيل والموزون لا يكون له الخيار في ردِّ ما بقي، وفي الثوب يكون له.

وكذلك قيَّدنا باستحقاق بعض الثوب؛ لأن هذه المسألة مبنية على قوله: وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ، ولأنه لو استحق الكل لا يبقى المبيع وهو ظاهر، وأمَّا في استحقاق البعض فله الخيار؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب فكان له رد ما بقي.

قوله: وَقَدْ كَانَ وَقْتَ الْبَيْعِ - أي: التشقيص كان وقت البيع - حَيْثُ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ، أي: إن عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري، بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق، فلذلك كان للمشتري أن يرده.

قوله: لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِهِ الِاسْتِبْقَاءَ، أي: الاستبقاء في ملكه؛ وذلك لأن المداواة لإزالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد، بل هو شرط التمكن من الرد، فكانت المداواة دليل الإمساك ودليل الرضا بالعيب؛ إذ الإمساك مع الرد لا يجتمعان، فلمَّا وجد دليل الإمساك انتفى دليل الرد فينتفي الرد ضرورة.

قوله: وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا، إلى قوله: فَلَيْسَ بِرِضًا، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وإن ركبها ليردها على البائع فليس برضاء سواء كان له منه بدٌّ أو لا، وإن ركبها ليسقيها، فإن كان له منه بدٌّ فهو رضاء، وإن لم يكن له منه بد لصعوبتها أو لعجزه عن المشي فليس برضاء، ولو اختلفا فقال البائع: ركبتها لحاجتك، وقال المشتري: لا بل لأردها عليك، فالقول قول المشتري.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: وإن ركبها في خيار العيب للسقي،

وَالجَوَابُ فِي السَّقْيِ وَاشْتِرَاءِ العَلَفِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لا يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَوْ لِعَجْزِهِ أَوْ لِكَوْنِ العَلَفِ فِي عِدْلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَقُطِعَ عِنْدَ المُشْتَرِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيْرِ

أو للرد لا يبطل خياره؛ لأنه إذا كان لا يقدر على الرد إلا بالركوب كان الركوب من ضرورات الرد، وكذلك الركوب للسقي من ضرورات الرد؛ لأنه لا يتمكن من الرد إلا على اعتبار البقاء ولا بقاء إلا بالسقي، وكذا إذا ركبها لحمل العلف.

قوله: إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا، أي: لكونها جموحًا أو شموسًا، وبه صرَّح في «الفوائد الظهيريَّة»، وذكر في «الإيضاح»: الصَّعب نقيض الذلول.

قوله: أَوْ لِعَجْزِهِ - أي: عن المشي - أَوْ لِكَوْنِ العَلَفِ فِي عِدْلٍ وَاحِدٍ، إنَّما قيَّد به؛ لأنه لو كان العلف في عدلين وركب كان الركوب دليل الرضا؛ لأن حمل العلف ممكن بدون الركوب، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، أي: لا وقت الشراء ولا وقت القبض، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ - أي: كل الثمن - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، هكذا ذكره في عامة شروح «الجامع الصغير»، وبعض روايات «المبسوط»، وذكر في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي: رجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وهكذا في بعض المواضع من «المبسوط»، والتوفيق بينهما هو ما ذكر في «المبسوط» فقال: وعند أبي حنيفة رحمه الله يرجع المشتري بنصف الثمن؛ لأن قطع اليد كان مستحقًّا عليه بسبب كان عند البائع، فاليد من الآدمي نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف، فيكون للمشتري الخيار إن شاء رجع بنصف الثمن عليه، وإن شاء ردَّ ما بقي ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند

سَارِقٍ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ، وَالحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الِاسْتِحْقَاقِ عِنْدَهُ وَبِمَنْزِلَةِ العَيْبِ عِنْدَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ المَوْجُودَ فِي يَدِ البَائِعِ سَبَبُ القَطْعِ وَالقَتْلِ وَأَنَّهُ لا يُنَافِي المَالِيَّةَ فَنَفَذَ العَقْدُ فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ،

البائع، ولمَّا ثبت له الخيار بين الرد وإمساكه كان قول من قال: يأخذ الثمن كله، منصرفاً إلى اختيار رد العبد المقطوع، وقول من قال: يرجع بنصف الثمن، منصرفًا إلى اختيار إمساكه.

وذكر في «المبسوط» أيضًا: وإن مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع إلا بنصف الثمن؛ لأن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع، ألا ترى أن على الإمام أن يتحرز عن السِّراية بأن لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد، وأنه يحسم بعد القطع فقبض المشتري لا ينتقص في النصف الباقي وإن سرى.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ، وهذا الإطلاق يتناول القتل العمد والردَّة، وبه صرح في «المبسوط».

قوله: وَأَنَّهُ لا يُنَافِي المَالِيَّةَ، بدليل أنه لو مات كان الثمن متقررًا على المشتري، ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه، وليس لولي القصاص حق في ماليته، حتى أن المشتري إذا اشتراه وولي القصاص يأباه صح البيع وملكه المشتري[1]، ولو كان له حق في ماليته لما صحَّ بيعه كحق المرتهن في الرهن، فعُلم بِهذا أن استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بكونه مالًا، فلا يجري مجرى الاستحقاق؛ لأن المستحق مستحق لماليته لا لآدميته، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ؛ لأن العبد السارق الذي حلت يده، أو القاتل الذي حل دمه لا يشترى كالذي هو سالم عنه، فإن هذا المعنى أشد من المرض، وأنه عيب بالإجماع، فكذا هذا، كذا في «الأسرار».

---

(١) في هامش نسخة (عط): وإنَّما لم يذكر القتل بالزنا هاهُنا، مع أنه موجب القتل في حق المسلم بأحد المعانِي الثلاثة؛ لما أن الكلام هنا في العبد، وزناه غير موجب للقتل؛ لعدم الإحصان بسبب الرقِّ.

فَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَى غَيْرِ حَامِلٍ.

قوله: فَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ، فتعذر الرد في صورة القتل ظاهر، وأمَّا في صورة قطع اليد فإنه استوفى قطع يده في يد المشتري، والاستيفاء غير الوجوب، فكان بمنزلة عيب حادث في يد المشتري، ولو حدث عيب في المبيع في يد المشتري وقد اطلع على عيب كان عند البائع يرجع هناك بنقصان العيب، فكذا هنا.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَى غَيْرِ حَامِلٍ، يعني: إذا لم يعلم بحملها وقت الشراء، وبه صرح الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»، يعني: لم يرجع هناك بجميع الثمن وإن كان أصل السبب في يد البائع فكذا في القصاص يجب أن يكون كذلك، واختار صدر الإسلام أبو اليسر رحمه الله قولهما، ذكره في «الجامع الصغير» بعد ما ذكر تعليل أبي حنيفة رحمه الله فقال: إلا أن ما قاله أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أحسن؛ لأن الاستحقاق يثبت بذلك السبب، ولكن الاستحقاق لا يفوت المالية ما لم يتصل به الفوت إلى آخره، فيكون الوجود مضافًا إلى السبب السابق.

فإن قلتَ: يشكل هذا بمسائل:

منها: أنه إذا اشترى جارية فوجدها محمومة فلم يردها حتى ماتت في يد المشتري، فلا يضاف ذلك إلى السبب السابق حتى لا يرجع بجميع الثمن بل بالنقصان، وإن كان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع.

ومنها: أن البائع إذا قطع يد العبد أو قطعها غيره، ثم باعه المولى ولم يعلم به المشتري، فمات العبد من ذلك القطع يرجع بنقصان العيب لا بكل الثمن، وإن كان الموت بسبب كان عند البائع.

ومنها: أن الرجل إذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري وهو لا يعلم بالزوج، ثم

وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الوُجُوبِ فِي يَدِ البَائِعِ وَالوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الوُجُودِ فَيَكُونُ الوُجُودُ

وطئها الزوج في يد المشتري لا يرجع بنقصان البكارة، وإن كان زوالها بسبب كان عند البائع.

ومنها: أن العبد لو زنى عند البائع فجلد في يد المشتري فماتَ منه لا يرجع على البائع بالثمن، وإن كان موته بسبب كان عند البائع.

ومنها: أنه لو سرق في يد البائع فقطعت يده في يد المشتري، فسرى القطع في ذلك فماتَ يرجع بنصف الثمن لا بكله، وإن كان موته بسبب كان عند البائع، فهذه خمس مسائل تشكل على ذلك الأصل.

قلتُ: أمَّا الأولى: فإن الجارية لا تموت بمجرد الحمى، بل تموت بزيادة آلام بترادف وزيادة ضعف يعتريها عند الموت، وهذا الضعف وزيادة الآلام لم تكن عند البائع، ولا كذلك ما نحن فيه.

وأمَّا الثانية: فإن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي قطع سراية القطع؛ لأن السراية حق البائع، فتنقطع السراية ببيع من له السراية، وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه، فيمتنع انقطاع السراية بالبيع.

وأمَّا الثالثة: فإن البكارة لا تستحق بالبيع، بدليل أن من اشترى جارية فوجدها ثيبًا لا يتمكن من الرد، ونحن إنما قلنا ما قلنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط.

وأمَّا الرابعة: فقولنا فيما يستحق هو بسبب كان عند البائع، والمستحق على العبد الزانِي هو الضرب المؤلم، واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب إنما كان لمعنى عارض عرض في يد المشتري، وهو خرق الجلاد، أو ضعف المجلود، فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة جدًّا، فلا تضاف إلى الزنا فلم يكن ذلك مضافًا إلى ما وجد عند البائع.

وأمَّا الخامسة: فقد ذكرنا جوابها من «المبسوط»، هذا كله من «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

وأمَّا قولهما: فإن سبب القتل لا ينافي المالية، قلنا نعم كذلك إلا أن استحقاق النفس بسبب القتل، والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان بمعنى علة العلة، وعلة العلة تقام مقام

مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ المَغْصُوبُ أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ بِجِنَايَةٍ وُجِدَتْ فِي يَدِ الغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ المَسْأَلَةِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ

العلة في الحكم، فمن هذا الوجه صار المستحق كأنه المالية؛ لما أنه لا يتصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية، والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع، فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية؛ لأن ما لا ينفك عن الشيء بحال كأنه هو.

وأمَّا إذا مات في يد المشتري فيتقرر الثمن على المشتري؛ لما أنه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء، فلهذا هلك في ضمان المشتري، فإذا قتل فقد تم الاستحقاق، ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره، كملك الزوج بضع زوجته، وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في حكم الاستيفاء، حتى إذا وطئت المنكوحة بالشبهة فالمهر لها، وإذا قتل من عليه القصاص إنسان فإن الدية تكون لورثته دون من له القصاص، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَا ذُكِرَ مِنَ المَسْأَلَةِ مَمْنُوعَةٌ، وهي مسألة الحامل، وقال الإمام القاضي أبو زيد، والإمام القاضي خان رحمهما الله: وأمَّا مسألة الحامل قيل: ذلك قولهما، وأمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة، كما هو مذهبه فيما إذا اقتصّ العبد المشترى، ولئن سلمنا فنقول: ثمَّة سبب الموت المرض المتلف، والمرض المتلف حصل عند المشتري.

وذكر في «المبسوط»: وأمَّا الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأمّ، بل الغالب عند الولادة السلامة، وهو نظير الزانِي إذا جُلد.

فإن قلتَ: العذر في الحامل بأن الغالب في الولادة السلامة لا تصح؛ لأنه لا يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله حينئذٍ الجارية المغصوبة إذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت في نفاسها، رجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها كلها.

قلتُ: لا يشكل؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وهو أن يرد المغصوب كما غصب، ولم يوجد ذلك حين ردها حاملًا، وهاهُنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما

البَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَهُ

أوجبه العقد وقد وجد ذلك، ثم إن تلف بسبب كان الهلاك به مستحقًّا عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه، وإن لم يكن مستحقًّا لا ينتقض قبض المشتري فيه.

فإن قلتَ: لمَّا كانت غلبة السلامة في ولادة الحامل عذرًا في أن لا يرجع بكل الثمن على البائع على قول أبي حنيفة رضي الله عنه على رواية طريقة التسليم كما هو قولهما، يجب أن لا يرجع في العبد المشترى الذي هو حلال الدم إذا قتل في يد المشتري بذلك السبب الذي وجد في يد البائع؛ لأن ذلك السبب من وجوب القصاص، أو وجوب القتل بسبب الردة نظير الحمل، من حيث أن كلًّا من هذه الأشياء لا يؤدي إلى القتل لا محالة؛ لأن العفو في القصاص مرجو بل هو الظاهر؛ لكونه مندوبًا، وكذلك التوبة في الردَّة هي الظاهرة إمَّا حقيقةً أو ظاهرًا حذار معرة السيف، وذلك كافٍ لدفع القتل فكان الكل منهما شيئًا مترددًا، فلا يضاف التلف حينئذٍ إلى ما وجد عند البائع، بل يضاف إلى استيفاء ولي القصاص، واستدامة الكفر إلى وقت القتل، وهما أمران عارضان عرضا في يد المشتري كحصول المرض المتلف في حق الحامل، وهناك لا يرجع بكل الثمن على تلك الرواية؛ لوجود الموت بأمرٍ عارضٍ عرض في يد المشتري، فكذلك هاهُنا.

قلتُ: الفرق ظاهرٌ بين مسألة الحامل وبين ما نحن فيه؛ وذلك لأن معنى قولنا: لا تردد في القصاص، هو أن القاضي ملجأ في استيفاء القصاص بعد شهادة الشهود بالقتل العمد، فصار كأن الشهود أكرهوا القاضي على استيفاء القصاص، ولهذا يجب ضمان ما أتلف القاضي على الشهود إذا رجعوا، كما في الإكراه الحقيقي، فلمَّا كان القاضي مجبرًا على استيفاء القصاص من جهتهم انتقل الإتلاف إليهم، ولم يكن القاضي مختارًا في ذلك باختيار صحيح، فكان القتل غير متردد في وجوده على ذلك التقدير، وكذلك الولي؛ لأن القصاص حقه ولا يمكنه الإعراض عنه إلا بفوت حقه، وإذا لم يتمكن من هذا القتل إلا بترك الحق لم يسمَّ مختارًا مطلقًا بين الترك والفعل، كمن أكره على فعل بتهديد إتلاف المال عليه، وأمَّا في الردَّة فلما وجد القتل بسببها وإن استدامت أضيف القتل إلى أول السبب؛ لما ذكرنا عن مسائل المرتدين في كتاب السير، وأول السبب كان موجودًا في يد البائع فلذلك يرجع بكل

لا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا البَائِعِ لِلْعَيْبِ الحَادِثِ وَيَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَبِلَهُ البَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ اليَدَ مِنَ الآدَمِيِّ نِصْفُهُ وَقَدْ تَلِفَتْ بِالجِنَايَتَيْنِ وَفِي إِحْدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الأَخِيرِ،

الثمن، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَإِنْ قَبِلَهُ ... فَبِثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ، أي: لو قبل البائع هذا العبد المقطوع من السرقتين اللتين وجدت إحداهما في يد البائع والثانية في يد المشتري، يرجع المشتري على البائع بثلاثة أرباع الثمن، أمَّا نصف الثمن فلرد المشتري العبد، فيرجع على البائع بنصف الثمن لذلك، وأمَّا النصف الثاني فقد فاتَ بسبب قطع اليد؛ لأن اليد الواحدة من الآدمي نصفه، إلا أن ذلك القطع مضاف إلى السرقتين الموجودتين عند البائع والمشتري، فانقسم عليهما نصفين، فكان نصف هذا النصف فواته بسبب كان عند البائع، فلذلك يرجع المشتري عليه بثلاثة أرباع.

فإن قلتَ: أليس أنه إذا حدث عند المشتري عيب في المشترى واطلع على عيب كان عند البائع، فرضي البائع بردِّه وقبله بذلك العيب الحادث يرجع المشتري هناك بجميع الثمن، فلِمَ ينتقص هاهُنا ربع الثمن مع أن هذه المسألة نظير تلك المسألة؟

قلتُ: لا نسلم أن هذه نظير تلك؛ لما أن هذا القول وهو الرجوع بثلاثة الأرباع قول أبي حنيفة رحمه الله، لا قولهما، فإن عندهما يجري هذا مجرى العيب، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يجري مجرى الاستحقاق والغصب، كما ذكر في الكتاب، لا مجرى العيب، وفي الغصب الحكم كذلك، فإنه إذا غصب عبدًا فسرق عند الغاصب فردَّه على المالك فقطع في يد المالك، فإن المالك يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فكذلك هاهُنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

فالبائع لو قبل إنما قبل العبد المقطوع حتى يتمكن من رده، فإن المشتري كان لا يتمكن من رده بدون قبوله، ولكن لم يقبل ما انتقص من العبد بسبب كان في يد المشتري كما في الغصب، فلذلك ينتقص.

رَجَعَ البَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ (وَلَمْ يَعْلَمَ المُشْتَرِي) يُفِيدُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ العِلْمَ بِالعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ العِلْمَ بِالِاسْتِحْقَاقِ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

قولـه: البَاعَةُ، جمع البائع، كالحاكة والقافة في جمع الحائك والقائف.

قولـه: وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لأن المشتري الأخير لم يصر حابسًا حيث لم يبعه، ولا كذلك الآخرون، فإن البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما ذكر قبل هذا في مسألة قتل المشتري العبد بقوله: أَلا تَرَى أَنَّ البَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

وإن أعتقه المشتري فقطعت يده أو قتل عندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرجع؛ لأن القطع والقتل لم يتضمنا تفويت المالية هنا، لانعدام المالية يوم القطع والقتل، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قولـه: فِي الكِتَابِ، أي: في كتاب «الجامع الصغير».

قولـه: وَلَمْ يَعْلَمَ المُشْتَرِي، وهو الذي ذكره في أول هذه المسألة.

قولـه: وَلا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ، وهذا احتراز عن الرواية الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله، فإنه لا يرجع في تلك الرواية كما هو قولهما.

وذكر في «المبسوط»: وإذا اشتراه وهو يعلم بحلِّ دمه، ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله يرجع بالثمن أيضًا إذا قتل عنده؛ لأن هذا بمنزلة الاستحقاق، وفي الرواية الأخرى قال: لا يرجع؛ لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب، حتى لا يمنع صحة البيع، فلشبهه بالاستحقاق قلنا: عند الجهل يرجع بجميع الثمن، ولشبهه بالعيب قلنا: لا يرجع عند العلم بشيء؛ لأنه إنَّما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري، وقد اندفع حين علم به واشتراه.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ العُيُوبَ بِعَدَدِهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ بِنَاءً عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّ الإِبْرَاءَ عَنِ الحُقُوقِ المَجْهُولَةِ لا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ، إلى آخره، اعلم أن البيع بالبراءة من العيوب جائز في الحيوان وفيما سواه، ويدخل في البراءة ما علمه البائع وما لم يعلمه، وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه، وسواء سمّي جنس العيوب أو لم يسمّه، أشار إليه أو لم يشر، وتبرأ من كل عيب موجود به وقت البيع، وعمّا يحدث بعده إلى وقت التسليم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا يبرأ من الحادث، وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث؛ لأنه لمَّا قال به اقتصر على الموجود، كذا في «شرح الطحاوي».

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري، وقد جرى هذه المسألة بينه وبين أبي حنيفة رحمهما الله في مجلس أبي جعفر الدوانقي[1]، فقال له أبو حنيفة رحمه الله: أرأيتَ لو باع جارية في موضع المأتِيِّ منها عيب، أكان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها؟ أرأيتَ لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدًا برأس ذكره برصٌ أكان يلزمه أن يرى المشتري ذلك؟ وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة ممَّا صنع به، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ، من العيوب، وفي البيع بشرط البراءة عن كل عيب له قولان: في أحد القولين البيع فاسد، وفي القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل.

قوله: هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، فإن رب الدين لو أبرأ

---

(١) الدَّوانقي، أو: الدَّوانيقي نسبة إلى الدَّوانق، جمع دانق، معرّب من لفظ (دانك) الفارسية، وهو لقب الخليفة أبو جعفر، المنصور الدَّوانقي، الثاني من العباسية، ماتَ في سابع ذي الحجة سنة (١٥٨ هـ).
انظر: «سلم الوصول إلى طبقات الفحول» (٤/ ٤٢٧)، «سير أعلام النبلاء» (٧/ ٨٣) ط: الرسالة.

بِالرَّدِّ، وَتَمْلِيكُ المَجْهُولِ لا يَصِحُّ. وَلَنَا أَنَّ الجَهَالَةَ فِي الإِسْقَاطِ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِهِ التَّمْلِيكُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً، وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ البَرَاءَةِ العَيْبُ المَوْجُودُ وَالحَادِثُ قَبْلَ القَبْضِ

المديون عن دينه فرد المديون إبراءه ولم يقبله لا يصح الإبراء، وكذلك لا يصح تعليقه بالخطر، والاسقاطات كالطلاق والعتاق يصح تعليقهما بالخطر، ولا يرتدّ، أي: بالرد.

ولنا أن الإبراء إسقاط، فجهالة الساقط لا تمنع صحته قياسًا على إعتاق عبيده، وطلاق نسائه، وهو لا يدري كم هم؛ وهذا لأن الجهالة بنفسها لا تبطل التمليكات بل لمعنى فيها، وهو تفويت التسليم الواجب بالعقد، ألا ترى أن بيع قفيز من صبرة يجوز؛ لأنه لا يؤدي إلى المنازعة، وفوت التَّسليم، وبيع شاة من القطيع لا يجوز للمنازعة بينهما بسبب التفاوت.

ثم الدليل على أن الإبراء إسقاط لا تمليك أنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة، ولأنه يصح الإبراء بقوله: أسقطت عنك ديوني، وكذلك المعنى؛ لأن الإبراء لا يفيد على الحقيقة إلا براءة ذمته عن الوجوب، وكذلك الحكم؛ لأنه يتم بلا قبول كالطلاق، والتمليك لا يتم إلا بالقبول.

وأمَّا **قوله**: إنه **يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ**، فنعم لما فيه من معنى التمليك حكمًا، وهذه الشبهة لا تؤثر في فساد ما قلناه؛ لأنا قلنا إن محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفوت التسليم بها، فإن الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة محض التمليك، كجهالة القفيز من الصبرة؛ فلأن لا تمنع صحة الإسقاط والمسقط يكون مثلًا شيئًا، ولا يحتاج فيه إلى التسليم، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة، أوْلَى أن لا تمنع؛ ولأن هذا الشرط يقرر مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه اللزوم، والعقد بهذا الشرط يلزم سليمًا كان المبيع أو معيبًا؛ وذلك لأن المبيع إذا كان معيبًا فالبائع عاجز عن تسليمه سليمًا، وعند هذا الشرط يقدر على التسليم، والقدرة على التسليم شرط جواز العقد لا أن يكون موجبًا فساد العقد، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ البَرَاءَةِ العَيْبُ المَوْجُودُ وَالحَادِثُ قَبْلَ القَبْضِ، وإنما قيّد

فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَدْخُلُ فِيهِ الحَادِثُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ البَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الغَرَضَ إلزَامُ العَقْدِ

بقوله: فِي هَذِهِ البَرَاءَةِ، احترازًا عن البراءة التي قال البائع: بعتُ هذا العين على أنّي بريء من كل عيب به، فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع على ما ذكرنا من رواية «شرح الطحاوي»، وكذلك في «الإيضاح» أيضًا.

وقوله: فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، جعل هذا القول في «المبسوط» قول أبي حنيفة رحمه الله، وظاهر القول من أبي يوسف، وجعل في «شرح الطحاوي» قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما ذكرناه، وقال محمد رحمه الله: لا يدخل فيه الحادث، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن ذلك مجهول لا يدري أيحدث أم لا؟ وأي مقدار يحدث؟ وأبو يوسف رحمه الله يقول: العيب الحادث قبل القبض لمَّا جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الردِّ به، فكذلك يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب؛ وهذا لأن مقصود البائع إثبات صفة اللزوم للعقد، وفي هذا لا فرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: كيف يصح هذا القول من أبي يوسف رحمه الله، وهو إدخال العيب الحادث في مطلق البراءة من كل عيب، والرواية منصوصة في «شرح الطحاوي»، وفي «المبسوط» أيضًا بأنه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده؟

قلتُ: ذكر في «الذخيرة»: أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافًا لمحمد رحمهما الله، وذكر في «المبسوط» في موضع آخر: ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فيما إذا نصَّ على البراءة من العيب الحادث، ثم قال: وقيل: ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الإسقاط، ولئن سلمنا فنقول: هاهُنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة، ثمَّ يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعًا؛ لأن ذلك يرجع إلى تقرير مقصودها، وقد يدخل

بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذَلِكَ بِالبَرَاءَةِ عَنِ المَوْجُودِ وَالحَادِثِ.

في التصرف تبعًا ما لا يجوز أن يكون مقصودًا بذلك التصرف، كالشرب في بيع الأرض، والمنقولات في وقف القرية.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ولو وجد المشتري بالمبيع عيبًا فجاء يردّه بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع: كان هذا العيب موجودًا ودخل في البراءة، وقال المشتري: هو حادث ولم يدخل في البراءة، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا فائدة لهذا الاختلاف؛ لأنه إبراء عنهما جميعًا عنده، وإنما هذا على قول محمد رحمه الله، فعلى قوله: القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث؛ لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ له بحدوث العيب باطن، فإذا ادَّعى المشتري باطنًا ليزيل به ظاهرًا لم يصدق، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ البَيْعِ الفَاسِدِ)

باب البيع الفاسد

قدم البيع الصحيح بنوعيه من اللازم وغير اللازم على البيع الفاسد؛ لأن البيع الصحيح هو الأول؛ لأنه مشروع بأصله ووصفه، بخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه.

وذكر في «شرح الطحاوي»: البيع على أربعة أوجه: بيع جائز، وبيع فاسد، وبيع باطل، وبيع موقوف على الإجازة.

أمَّا البيع الجائز فإنه يوقع الملك بمجرد العقد إذا كان خاليًا عن شرط الخيار، والبيع الفاسد لا يوقع الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض بإذن البائع.

ثم البيوع الفاسدة أنواع:

منها: أن يكون البيع مجهولًا، أو الثمن مجهولًا لا جهالة توجب المنازعة؛ لأنَّها مانعة من التسليم والتسلم.

ومنها: أن يكون ثمن البيع محرمًا.

ومنها: أنه إذا تعلق بالمبيع حق محترم للغير.

ومنها: أن المبيع إذا كان لا يقدر على تسليمه.

ومنها: أن يكون في المبيع غرر مثل بيع السمك في الماء.

ومنها: بيع ما هو مملوك له لكن قبل القبض.

ومنها: إدخال الشرطين في بيع، وذلك أن يقول: إن أعطيتني حالًا فبألف، وإن أجَّلتني

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالبَيْعُ فَاسِدٌ كَالبَيْعِ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالخِنْزِيرِ وَالخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَالحُرِّ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَذِهِ فُصُولُ جَمَعَهَا، وَفِيهَا تَفْصِيلٌ نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى فَنَقُولُ: البَيْعُ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ،

شهرًا فبألفين.

ومنها: بيع ما لا يباع مقصودًا، نحو بيع الإلية في الشاة الحية.

ومنها: البيع بشرط وهو أنواع.

ومنها: أن يشتري شيئًا بثمن معلوم، ثم يبيعه من البائع بجنس الثمن الأول بأقل ممَّا باعه قبل نقد الثمن، كذا في «التحفة».

ثم لقب الباب بالفاسد دون الباطل مع أنه ابتدأ بالبيع الباطل **بقوله: كَالبَيْعِ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ**؛ لأن الفاسد أعم من الباطل وأشمل؛ لأن الفساد موجود في الفاسد والباطل، بخلاف الباطل فإنه ليس بموجود في الفاسد؛ لأن الأدنى يوجد في الأعلى، لا على العكس، والفاسد أدنى في الحرمتين، فكان موجودًا في الصورتين؛ لأن المعنى في الفاسد هو أن يكون مشروعًا بأصله دون وصفه، والباطل هو الذي لا شرعية فيه لا في الأصل ولا في الوصف، بل فيه صورة البيع لا غير من غير وجود ركنه فيه؛ لأن ركن البيع هو مبادلة المال بالمال، فكان هذا التلقيب نظير تلقيب باب الأوقات التي يكره فيها الصلاة، ثم قدم هناك ذكر عدم الجواز في الصلاة **بقوله: لا تَجُوزُ الصَّلَاةُ**؛ لكون الكراهة أعم محلًّا من عدم الجواز.

قوله: هَذِهِ فُصُولُ جَمَعَهَا، أي: القدوري رحمه الله.

قوله: فَنَقُولُ: البَيْعُ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ، وإنَّما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل: بيع الميتة والدم باطل؛ ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة والدم بالطريق الأَوْلَى؛ وذلك لأن الباء تدخل في الأتباع والوسائل، ولهذا يقال: كتبتُ بالقلم، والأثمان أتباع، ألا ترى أن البيع يجوز وإن لم يكن الثمن موجودًا، ولا يجوز البيع عند عدم المبيع إلا في موضع خاص، فلذلك قال ههنا: **البَيْعُ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ**؛ لأنه لمَّا بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمنًا، لأن يبطل

وَكَذَا بِالحُرِّ لِانْعِدَامِ رُكْنِ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَإِنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ لا تُعَدُّ مَالًا عِنْدَ أَحَدٍ وَالبَيْعُ بِالخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ فَاسِدٌ لِوُجُودِ حَقِيقَةِ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ وَالبَاطِلُ لا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ.

بجعلهما مبيعًا أَوْلَى، ثم هذا اللفظ أعني قوله: البَيْعُ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ، محتاج إلى التأويل، فإن البيع محلى بالألف واللام، فكان متناولًا لجميع البياعات من بيع المسلم والكافر، وهذا اللفظ مجرى على عمومه فيما إذا أريد بالميتة الحيوان الذي ماتَ حتف أنفه، وأمَّا إذا أريد بها المنخنقة أو الموقوذة فليس بمجرى على عمومه، فإن بيع المنخنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتة عند المسلمين.

والدليل على هذا ما ذكره المصنف رحمه الله في «التجنيس» فقال: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز؛ لأنَّها ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحتهم، وذبيحتهم أن يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز؛ لأنَّها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ألا ترى أن المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز، وإن كان هذا ميتةً عندنا.

قوله: وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، أي: بطريق الاكتساب؛ لئلا ينتقض هذا اللفظ بالهبة بشرط العوض، فإن ذلك ليس ببيع مطلق حتى لا يملكه المأذون والأب والوصي، وإن كان هو أيضًا مبادلة مال بمال.

قوله: عِنْدَ أَحَدٍ، أي: على تقدير أن يموت الحيوان حتفَ أنفه في حق الميتة كما ذكرنا، أو المراد بقوله: عِنْدَ أَحَدٍ، أي: ممَّن له دين سماوي.

قوله: فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ، كان من حقه أن يقول: فإنه مال عندنا، كما صرح به في «الأسرار» فقال في جواب الشافعي رحمه الله: أمَّا الجواب عن القياس على الحرِّ وشراء الخمر، أمَّا الحر فليس بمال والبيع لا ينعقد في غير مال، وأمَّا الخمر فقد نَهينها عن تمول عينها، والشراء تمول، ألا ترى أن مستهلك عينها لا يضمن، ولا قيمة لعينها، وكلامنا في بيع قابل التمول والتملك في نفسه، وليس الشراء بالخمر كالشراء بالدم؛ لأن الدم ليس بمال

وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ لِأَنَّ العَقْدَ

ولا مملوك أصلًا، والخمر مال عندنا ولها قيمة في حق أهل الذمة، إلا أن الشرع أبطلها في حق المسلمين لئلا يتمولوها، لا أنَّها لا قيمة لها في نفسه، كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون.

وكذا ذكر في «المبسوط»، و«الإيضاح» كون الخمر مالًا من غير تعرض للبعض، فقال في «المبسوط»: وكذلك في البيع بالخمر، أي: ينعقد موجبًا للملك عند القبض، فإن محل ركن العقد المالية في البدلين، وبتخمير العصير لا تنعدم المالية وإنما ينعدم التقوم شرعًا، فإن المالية بكون العين منتفعًا بها، وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله: ﴿وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩]؛ ولأنَّها كانت مالًا متقومًا قبل التحريم، وإنما يثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين، وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين، إلا أنه فسد تقومها شرعًا؛ لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص، ولهذا بقيت مالًا متقومًا في حق أهل الذمة، فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد.

وكذا ذكر في «الإيضاح» أيضًا فقال: إذا اشترى بالخمر أو الخنزير فقد ذكر مالًا، وإنَّها متقومة في حق أهل الذمة.

وكذا أيضًا ذكر في الكتاب بعد هذا **بقوله**: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الخَمْرَ مَالٌ؛ ولأنه لو كان مراده من **قوله**: فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ، نفي ماليته عنده لا يصح دعواه **بقوله**: وَالبَيْعُ بِالخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ فَاسِدٌ؛ لأنه لو لم يكن مالًا يكون الشراء به باطلًا لا فاسدًا كما إذا اشترى بالدم، فثبتَ بهذه الوجوه أن **قوله**: فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ، غير مستقيم، إلا إذا أراد **بقوله**: فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ، أي: مال متقوم عند البعض وهم أهل الكفر.

قوله: وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ - أي: في البيع الباطل - يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ، فمنهم الشيخ الإمام أحمد الطواويسي[1]، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة

(١) هو الإمام الفقيه، أحمد بن محمد بن حامد بن هاشم، أبو بكر، الطواويسي، توفي في الحمام سنة =

غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَبَقِيَ القَبْضُ بِإِذْنِ المَالِكِ، وَعِنْدَ البَعْضِ يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا مِنَ المَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَقِيلَ الأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَالفَاسِدُ يُفِيدُ المِلْكَ عِنْدَ اتِّصَالِ القَبْضِ بِهِ وَيَكُونُ المَبِيعُ مَضْمُونًا فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَسَنُبَيِّنُهُ بَعْدَ هَذَا، وَكَذَا بَيْعُ المَيْتَةِ وَالدَّمِ

رضي الله عنهما.

قوله: وَعِنْدَ البَعْضِ يَكُونُ مَضْمُونًا، ومنهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وبعضهم قالوا: عند أبي حنيفة رحمه الله أمانة، وعندهما مضمون، كذا في «التَّتِمَّة».

قوله: لِأَنَّهُ لا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا مِنَ المَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ، فإنه مضمون فكذا هنا، ثم المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمًّى، نصَّ عليه الفقيه أبو الليث في «العيون»، فإنه ذكر: إذا قال: اذهب بهذا الثوب فإن رضيتَه اشتريتُه، فذهب به فهلك لا يضمن، ولو قال: إن رضيتَه اشتريتُه بعشرة، فذهبَ به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى، كذا في «التَّتِمَّة»، وقد ذكرناه مرَّة.

قوله: وَالفَاسِدُ يُفِيدُ المِلْكَ عِنْدَ اتِّصَالِ القَبْضِ بِهِ، أي: إذا كان القبض بإذن المالك ففيه اتفاق الروايات على أن المشتري يملكه، وأمَّا إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع هل يملك؟ ذكر في المأذون أنه لا يملك، قالوا: هذا محمول على ما إذا كان الثمن شيئًا لا يملكه البائع بالقبض، كالخمر والخنزير، فأمَّا إذاكان شيئًا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون إذنًا له بالقبض، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير».

فإن قلتَ: لو أفاد البيع الفاسدُ الملكَ للمشتري عند اتصال القبض بالمبيع، لجاز للمشتري أن يطأ جارية اشتراها بشراءٍ فاسدٍ، والحكم أنه لا يحل له وطؤها، وكذا لا شفعة

= (٣٤٤هـ) بسمرقند رحمه الله تعالى، انظر: «الجواهر المضية» (١/ ١٠٠) ط: مير محمد، كراتشي.

وَالحُرِّ بَاطِلٌ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْوَالًا فَلَا تَكُونُ مَحِلًّا لِلْبَيْعِ، وَأَمَّا بَيْعُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ إِنْ كَانَ قُوبِلَ بِالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ قُوبِلَ بِعَيْنٍ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ.

للشفيع في الدار المشتراة بشراءٍ فاسدٍ، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه بشراءٍ فاسدٍ.

قلتُ: هذا مستدل مشايخ العراق رحمهم الله في أن جواز التصرف للمشتري فيما اشترى بشراءٍ فاسدٍ هو ملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك، لا بناء على ملك العين، استدلالًا بهذه المسائل التي ذكرت؛ إذ لو ملك العين لكان الحكم على خلاف ذلك، وأمَّا مشايخ بلخ رحمهم الله فقالوا: إن جواز التصرف له بناء على ملك العين، وهو الأصح؛ بدليل أن من اشترى دارًا بشراء فاسد فقبضها فبيع بجنبها دارًا، فللمشتري بشراء فاسد أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه.

وكذلك لو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع، وجبَ على البائع الاستبراء، ولو باع الأب أو الوصي عبدًا يتم بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري وأعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز؛ لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز، فعُلم بهذه الأحكام أنه لا يملك العين، وإنما لم يحل له وطء الجارية ولم تثبت الشفعة فيما ذكرتَ؛ لأن في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره، وفي الاشتغال بالوطء إعراض عن الرد فلا يجوز له أن يطأها.

وقال الإمام الحلواني رحمه الله: يكره الوطء ولا يحرم، كذا في «التَّتِمَّة»، وكذا لا يحل أكله؛ لما فيه إعراض عن الرد، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَإِنْ كَانَ قُوبِلَ - أي: الخنزير أو الخمر - **بِعَيْنٍ** - معين - **فَالبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ**، فإن قيل: تحت هذا القول فساد عظيم؛ لأن البيع اسم لمبادلة مال بمال حتى لا ينعقد بدونه بالإجماع، فإذا لم يجب الملك في الثاني بما تبادلا صارت المبادلة بالقبض بغير ما ذكر، أو انعدمت المبادلة الأولى،

وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الخِنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهِ وَتَرْكِ إِعْزَازِهِ، وَفِي تَمَلُّكِهِ بِالعَقْدِ مَقْصُودًا إِعْزَازٌ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ؛ لِكَوْنِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَّهَا تَجِبُ

فبقي القبض على جهة البيع دون حقيقة البيع، والقبض على جهه البيع لا يوجب ملكًا كالمقبوض على سوم الشراء.

قلنا: إن العقد الصحيح يقع مضمونًا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد، حتى إذا اشترى شيئًا هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج إلى قبض جديد للشراء حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد، إلا أن ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط منهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك، ولهذا نقول: المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة، وهو ضمان عقد عندنا؛ لأن الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الأصلي، وهاهنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الأصلي، فوجبَ القيمة متى تمَّ العقد بالقبض، ووقع الملك بالضمان الذي يوجبه العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره، كذا في «الأسرار».

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ، أي: بين الصورة الأولى والثانية؛ حيث يقع البيع باطلًا في الصورة الأولى، وفاسدًا في الصورة الثانية، وحاصل ذلك الفرق هو أن الخمر لو وقع مبيعًا يكون البيع باطلًا فلا يثبت الملك فيما يقابل الخمر وهو الدراهم لمن قبضها؛ لأنه يكون فيه إعزاز للخمر؛ لأن المبيع هو المقصود في البياعات، والشرع أمر بإهانتها لا بإعزازها، ولو وقع الخمر ثمنًا يكون البيع فاسدًا فيثبت الملك فيما يقابل الخمر وهو الثوب مثلًا لمن قبضه؛ لأنه يكون فيه إعزاز للثوب لكونه مبيعًا لا للخمر، فإذا دخل الباء في الخمر فظاهر فإن الثوب يكون مبيعًا، لتعين الخمر للثمنية لدخول الباء، وكون الخمر مما يجب في الذمة، بخلاف الثوب فإنه فيما سوى الموضع الخاص لا يجب في الذمة، وأمَّا إذا أدخل الباء في الثوب يكون البيع بيع مقايضة، فكان في الخمر جهة الثمنية؛ لما أن في بيع المقايضة كل واحد من العوضين يكون ثمنًا ومثمنًا، وأمَّا في الصورة الأولى وهي ما إذا قابل الخمر بالدراهم يكون البيع باطلًا، سواء أدخل الباء في الخمر أو في الدراهم؛ لتعيّن الدراهم للثمنية خلقةً، فحينئذٍ كان الخمر هو

فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الخَمْرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالخَمْرِ لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لِلثَّوْبِ إِنَّمَا يَقْصِدُ تَمَلُّكَ الثَّوْبِ بِالخَمْرِ، وَفِيهِ إِعْزَازٌ لِلثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ فَبَقِيَ ذِكْرُ الخَمْرِ مُعْتَبَرًا فِي تَمَلُّكِ الثَّوْبِ لَا فِي حَقِّ نَفْسِ الخَمْرِ

المبيع فيبطل البيع، ولمَّا آل الأمر إلى هذا احتجنا إلى معرفة المبيع والثمن والتفرقة بينهما.

قال في «الذَّخيرة» في الفصل الذي يتصل بالفصل الأول من كتاب البيوع: قال القدوري رحمه الله: ما يتعيّن بالعقد فهو مبيع، وما لا يتعيّن فهو ثمن إلا أن يقع عليه لفظ البيع، ثم قال: الدَّراهم والدنانير أثمان أبدًا؛ لأنها في الأصل خلقت ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنِ بَخس دَرَٰهِمَ مَعدُودَة﴾ [يوسف: ٢٠]، فسَّر الثمن بالدراهم.

وقال الفراء: الثمن ما يكون في الذمة، والدراهم والدنانير لا يتعينان على أصلنا في عقود المعاوضات، وإنما ينعقد على مثلها دينًا في الذمة فجعلوا الدَّراهم والدنانير أثمانًا لهذا، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبدًا، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة وثمن، فإن قابلها الدَّراهم والدنانير فهي مبيعة، وإن كان في مقابلتها عين، فإن كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن؛ لأن البيع لا بُدَّ له من مبيع وثمن، وليس أحدهما بأن يجعل مبيعًا بأَوْلَى من الآخر؛ لأن المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعروض، فجعلنا كل واحد منهما مبيعًا من وجه ثمنًا من وجه، وإن كانت المكيلات والموزونات غير متعينة، فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول: اشتريتُ هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعًا بأن قال: اشتريتُ منك كذا حنطة بهذا العبد، فلا يصح العقد إلا بطريق السَّلم.

وذكر شيخ الإسلام خواهرزاده رحمه الله في «شرح شهادات الجامع»: أن المكيل والموزون إذا لم يكن معينًا فهو ثمن، دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال حتى يضمن بالمثل في الإتلاف، فصار نظير الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير أثمان دخل عليها حرف الباء أو لم يدخل، فكذا المكيل، والموزون،

حَتَّى فَسَدَتِ التَّسمِيَةُ وَوَجَبَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الخَمْرَ بِالثَّوْبِ لِأَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوْبِ بِالخَمْرِ لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً.

قَالَ: (وَبَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ؛

والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنَّها لا يتعين بالتعين.

قوله: وَكَذَا إِذَا بَاعَ الخَمْرَ بِالثَّوْبِ، أي: يكون البيع فاسدًا لا باطلًا، وإن كان فيه شبهة كون الخمر مبيعًا؛ لدخول الباء في الثوب، ولكن قد ذكرنا أن المكيلات والموزونات إذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن، والكلام فيما إذا كان الخمر والثوب متعين، فلمَّا كانت في الخمر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب البطلان، صونًا لتصرف العاقلين المسلمين عن الإلغاء والبطلان بقدر الإمكان.

قوله: لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً، المقايضة: هي بيع العرض بالعرض، وسُمِّي بها لتساوي العرضين في العينية، يقال: هما قيضان، أي: متساويان، كذا وجدتُ بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله.

قوله: وَبَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ، وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ، فإن قلتَ: لو كان بيع هؤلاء باطلًا لكان بيع هؤلاء وبيع الحرِّ سواءً، من حيث أن بيع كل واحد منهما باطل، فحينئذٍ يجبُ أن يفسد البيع في القن إذا ضم مع هؤلاء في البيع كما يفسد بيعه إذا ضم مع الحرّ، وليس كذلك، فإنه ذكر في «المبسوط» في باب البيوع الفاسدة: وإذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب، أو اشترى جاريتين فإذا أحدهما أم الولد جاء البيع في الآخر، سواء سُمِّي لكل واحد منهما ثمنًا أو لم يسم، وكذا أيضًا ذكر هكذا في الكتاب فيما بعد، فما وجهه؟

قلتُ: المراد من معنى البطلان في **قوله:** وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ، هو أن لا يملك هؤلاء عند اتصال القبض بهم، كما يملك المبيع عند اتصال القبض به في سائر البياعات الفاسدة، من نحو ما باع عبدًا على أن يعتقه المشتري أو يدبره، وكالبيع إلى النَّيروز والمهرجان على ما يجيء، وكبيع الثوب بالخمر على ما مرَّ، وأمَّا هؤلاء وهم أم الولد والمكاتب والمدبر

لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الوَلَدِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَسَبَبُ الحُرِّيَّةِ انْعَقَدَ فِي المُدَبَّرِ فِي الحَالِ لِبُطْلَانِ الأَهْلِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، وَالمُكَاتَبُ اسْتَحَقَّ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لَازِمَةً فِي حَقِّ المَوْلَى، وَلَوْ ثَبَتَ المِلْكُ بِالبَيْعِ

فلا يملكون ببيعهم وإن اتصل القبض بهم، فكان هؤلاء والحرّ سواء من هذا الوجه، فصحّ قوله: وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ؛ إذ لو اقتصر على قوله: وَبَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ، لتُوهِّم بأنّهم يملكون عند اتصال القبض بهم والحكم بخلافه، وأمّا صحة بيع المضمون إليهم من القنّ في البيع فلكون هؤلاء محل البيع في الجملة على ما يجيء، فكان القنّ داخلًا في البيع لدخول هؤلاء في البيع باعتبار الصلاحية في الجملة، ثم يخرجون من حكم البيع بعد الدخول لاستحقاقهم نوع الحريَّة، فيبقى القنّ في البيع بحصته من الثمن، فالبيع بالحصَّة بقاءً جائز وإن لم يجز ابتداءً على ما يجيء.

وذكر في «المبسوط» في بيان صلاحية هؤلاء للدخول في البيع فقال: توضيحه أن البيع في المدبر ليس بفاسد على الإطلاق، بدليل جواز بيع المدبر من نفسه، فإنه إذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز، بدليل أن القاضي إذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه، وكذلك المكاتب فإن بيعه في نفسه جائز، ولو باعه من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين، وكذلك بيع أمّ الولد عن نفسها جائز، ولو قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ولم ينفذ عند محمد رحمه الله؛ لأن عند محمد إجماع التابعين على فساد بيعها برفع الخلاف الذي كان في عهد الصحابة، وعندهما ليس لإجماع التابعين من القوَّة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فكان هذا قضاءً في فصل مجتهد فيه.

وقوله: لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الوَلَدِ، وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الإبطال، كذا في الجامع لفخر الإسلام رحمه الله.

قوله: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»، وهذا اللفظ وإن كان بظاهره يوجب الإعتاق الحقيقي لكن

لَبَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ فَلَا يَجُوزُ، وَلَوْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ بِالْبَيْعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالأَظْهَرُ الْجَوَازُ، وَالْمُرَادُ الْمُدَبَّرُ الْمُطْلَقُ دُونَ الْمُقَيَّدِ، وَفِي الْمُطْلَقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْعَتَاقِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَوِ الْمُدَبَّرُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ، لَهُمَا أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْبَيْعِ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُضَمُّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ، وَلَهُ أَنَّ جِهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تَلْحَقُ بِحَقِيقَةٍ فِي مَحِلٍّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ وَهُمَا لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَصَارَا كَالْمُكَاتَبِ، وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي الْبَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِيَثْبُتَ حُكْمُ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا

حمل على حق العتق لا على حقيقته، لما ذكرنا في باب الاستيلاد من كتاب العتاق.

قوله: وَقَالَا: عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ، فالروايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في حق المدبر، فروى المعلَّي عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب، وأمَّا في حق أمِّ الولد فاتفقت الرِّوايات عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تضمن بالبيع والغصب، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين ضمان الغصب وبين ضمان البيع في المدبر في رواية أن ضمان البيع وإن كان يشبه ضمان الغصب من حيث أنه يدخل في ضمانه بالقبض، لكن لا بُدَّ من اعتبار جهة البيع؛ لأن الملك إنما يثبت باعتبار هذه الجهة، فإذا لم يكن محلًّا للبيع انهدرت هذه الجهة، فبقي قبضًا بإذن المالك فلا يجب الضمان، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ، أي: بالقبض.

فَصَارَ كَمَالِ الْمُشْتَرِي لا يَدْخُلُ فِي حُكْمِ عَقْدِهِ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضَمَّهُ إِلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) لِأَنَّهُ بَاعَ مَالا يَمْلِكُهُ (وَلا فِي حَظِيرَةٍ إِذَا كَانَ لا يُؤْخَذُ إِلَّا بِصَيْدٍ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِيهَا

قوله: فَصَارَ كَمَالِ الْمُشْتَرِي، يعني: إذا باع عبدًا مع عبد المشتري من المشتري يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن، فيصح البيع في حق عبد البائع وهو الأصح، ذكره في «التَّتِمَّة» وقال: إذا جمع بين ماله ومال غيره وباعَ من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز أصلًا، هكذا ذكر في بعض المواضع، وبه كان يفتي ظهير الدين رحمه الله، وفي بعض المواضع أنه لا يبطل البيع في الآخر، وهو الأصح.

قوله: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ، هذه المسألة على وجهين: إمَّا أن أخذها أولًا ثم ألقاها في الحظيرة أو لم يأخذ، فإن لم يأخذها لا يجوز بيعها؛ لأنه باع ما لا يملك؛ إذ الصيد لا يملك قبل القبض، ألا ترى أن الصيد إذا باضت في أرض إنسان، أو فرخت، أو تكنس في إرض إنسان لا يملكه صاحب الأرض ما لم يأخذ، وإذا أخذها ثم ألقاها في الحظيرة فإن كانت الحظيرة كبيرة لا يمكن أخذها إلا بتكلف واحتيال لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كبيع الآبق والفرس الغاير الذي لا يمكن أخذه إلا بحيلة، وإن كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذها من غير تكلف أو اصطياد جاز؛ لأنه باع مملوكًا يقدر على تسليمه، وإذا سلمها إلى المشتري كان للمشتري خيار الرؤية وإن كان رآها في الماء؛ لأن السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره.

وكذلك السمكة إذا دخلت الحظيرة باحتياله بأن سد فوهة النهر حتى دخلت الحضيرة، أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنها الخروج فهو بمنزلة ما لو أخذها بيده ثم ألقاها في الحضيرة؛ لأنه لمَّا احتال لدخولها على هذا الوجه صار كأنه نصب الشبكة لأخذ الصيد، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

لَوْ كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ، إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهَا المَدْخَلَ لِعَدَمِ المِلْكِ.

قوله: إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا، أي: اجتمعت السماك في الحظيرة بأنفسها من غير أن يأخذها أحد.

قوله: وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهَا المَدْخَلَ، لا يجوز بيعها، وفيه إشارة إلى أنه لو سدَّ صاحب الحظيرة عليها المدخل ملكها، وأمَّا إذا لم يسد عليها المدخل فلا يملكها صاحب الأرض بمجرد الاجتماع في ملكه، ألا ترى أنه لو باضَ الطير فيها، أو أفرخت لم يملكه لعدم الإحراز، فهنا أوْلَى.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو عسَّل النحل في أرضه، فإن العسل يكون له بمجرد اتصال العسل بملكه من غير أن يحرزه، أو يهيء له موضعًا.

قلتُ: إن النحل لمَّا عسَّل في أرضه صار العسل قائمًا بأرضه على وجه القرار، فصار تابعًا لأرضه كالشجر والزرع ينبت فيها، فكذلك كان العسل لصاحب الأرض، بخلاف بيض الطير وفرخها، والسماك المجتمعة في الأرض بأنفسها، فإنَّها ليست فيها على وجه القرار إمَّا حالًا وإمَّا مآلًا، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله، ثم فرع على هذا مسائل فقال: هذا كله إذا لم يكن هيَّأ أرضه للاصطياد، أمَّا إذا هيَّأ بأن حفر بئرًا للصيد فوقع فيها، أو نصب شبكة فتعقل فيها، أو هيَّأ موضعًا ليجعل الطير ثمة وكرًا فهو له؛ لأنه صار آخذا حكمًا، وكذا لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له.

وفي «النوازل»: بسط ذيله عند النثَّار ليقع فيها ما ينثر، أو وضع الطست ليقع فيه المطر فهو له؛ لأنه أحرزه، وكذا لو هيَّأ أرباب المواشي مرابض لمواشيهم ليجتمع بعرها فهم أحق بها، وكذلك لو كانوا يجمعون، وفي غير هذا فهم وسائر الناس في الأخذ سواء.

وفي «فتاوى الفضيلي»: أهل السُّكة كانوا يرمون بالرماد والتراب والسرقين في ساحةٍ هي ملك لرجل، إن ذلك لمن سبق بالرَّفع سواء هيَّأ المكان له أو لا.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ قَبْلَ الأَخْذِ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ الحَمْلِ وَلَا النِّتَاجِ) «لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ

قوله: وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ، أي: لو أخذ الصيدُ ملكه ثم لو أرسله فباعه بعد ذلك لا يجوز أيضًا، وإن كان ملكه لكونه غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، فكان عدم جواز البيع قبل الأخذ لعلتين، وهما عدم الملك أو عدم القدرة على التسليم، فبعد الأخذ عدم الجواز للعلة الثانية وهي عدم قدرته على التسليم.

وذكر الإمام التمرتاشي: ولو باع طيرًا يذهب ويجيء كالحمام، فالظاهرُ أنه لا يجوز.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وإن باع طائرًا له يطيرُ في الهواء، إن كان داجنًا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه، وإلا فلا.

قوله: وَلَا بَيْعُ الحَمْلِ، بسكون الميم، أي: لا يجوز بيع الجنين، ثم ذكر النتاج بعده **بقوله:** وَلَا النِّتَاجِ، يعني: نتاجُ الحمل وهو حبل الحبلة في الحديث، يُقال: نتجت الناقة، على ما لم يسم فاعله، تنتج نتاجًا، وقد نتجها أهلها نتجًا، والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقةُ بالضم، ولكن أريد به المنتوج هاهُنا، وأمَّا الحديث: «نَهَى عَنْ حَبَلِ الحَبَلَةِ»، فالحبل مصدر: حبلتُ المرأة حبلًا، فهي حبلى، سُمي به المحمول كما سُمي بالحمل، وإنما أدخلت عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة فيه؛ لأن معناه: أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، ومن روى الحِبلة بكسر الباء فقد أخطأ، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

وذكر في «المبسوط»: فمنهم من يروي الحِبلة بالكسر فيتناول بيع الحمل، ومنهم من يروي بالفتح الحَبلة، فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح، وعن بيع حبل الحبلة.

الحَبَلِ وَحَبَلِ الحَبَلَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا (وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْغَرَرِ) فَعَسَاهُ انْتِفَاخٌ، وَلِأَنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيْفِيَّةِ الحَلْبِ، وَرُبَّمَا يَزْدَادُ فَيَخْتَلِطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَلَا الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الحَيَوَانِ، وَلِأَنَّهُ يَنْبُتُ مِنْ أَسْفَلَ فَيَخْتَلِطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ، بِخِلَافِ القَوَائِمِ؛ لِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَى، وَبِخِلَافِ

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا، قال شيخي رحمه الله: الغررُ ما طوَى عنك علمه.

وذكر في «المبسوط»: الغرر ما يكون مستور العاقبة، وذكر في «المغرب»: في الحديث: «نهى عن بيع الغرر»، وهو الخطر الذي لا يُدرى أيكون أم لا، كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

قوله: وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ، لاكيلاً ولا مجازفةً، والإعراب في: وَلَا اللَّبَنُ، الرفع والجر، على حذف المضاف وهو البيع، وإبقائه تقديرًا، وكذلك في: الصُّوفُ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ، بالرفع والجر.

قوله: وَرُبَّمَا يَزْدَادُ فَيَخْتَلِطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ، يعني: أن اللبن يزداد ساعةً فساعةً وتلك الزيادة لا يتناولها البيع، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطلٌ للبيع، ثم تتمكن المنازعة بينهما في التسليم؛ لأن المشتري يستقصي في الحلب، والبائع يُطالبه بأن يترك داعية اللبن، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الحَيَوَانِ؛ لأن الصوف قبل الجزاز وصف الحيوان؛ لأن ما يكون متصلًا بالحيوان هو وصف محض، بخلاف ما يكون متصلًا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه، فيجوز بيعه لذلك.

وقوله: وَلِأَنَّهُ يَنْبُتُ مِنْ أَسْفَلَ، بالضم على البناء، كقوله تعالى: ﴿مِن قَبلُ وَمِن بَعدُ﴾ [الروم: ٤]؛ لأنه من الجهات الست، فيبنى على الضم عند انقطاع ما أضيف هو إليه كأخواته.

قوله: بِخِلَافِ القَوَائِمِ، حيث يجوز بيعها؛ لأن القوائم يزيد من أعلاه، حتى لو ربطتَ

الْقَصِيلِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ قَلْعُهُ، وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَعَنْ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَعَنْ سَمْنٍ فِي لَبَنٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي هَذَا الصُّوفِ حَيْثُ جَوَّزَ بَيْعَهُ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ.

خَيْطًا في أعلاه وتركتَ أيامًا يبقى الخيط أسفل ممَّا في رأسها الآن، والأعلى ملك المشتري، وما وقع من الزيادة يقعُ في ملك المشتري فلا يختلط المبيع مع غيره، فيجوز بيعُها لذلك، أمَّا الصوف فإن نُمُوُّه من أسفله فيلزم الاختلاط.

وقال في «المبسوط»: وذلك يتبين فيما إذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما، فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله.

القَوَائِم: خَارَهَا(١).

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد الفضل رحمه الله يقول: الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز؛ لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول، فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها لا يجوز؛ لأن موضع القطع مجهول، وبيع الكراث يجوز، وإن كان ينمو من أسفله للتعامل، كذا في «التَّتِمَّة».

قوله: وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ الْقَطْعِ، يعني: فلذلك لا يجوز.

فإن قلتَ: هذا التعليل أوله مع آخره يترآى متناقضًا؛ لأنه ذكر أولًا تعيُّن القطع، ثم ذكر آخرًا وقوع التنازع لذلك، والتعين مناف للتنازع فكيف يكون سببًا له؟ وعن هذا غيَّر بعضهم لفظ الكتاب بقوله: وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٌ.

قلتُ: أخطأ من غيَّر ذلك خطأً فاحشًا؛ وذلك لأن المصنف رحمه الله إنما ذكر تعيّن

---

(١) (خارها) لفظ فارسي جمع (خار) بمعنى القائمة، ومعناه الأصلي الشوك، كما في قائمة الورد، أو ما هو على رِجلَي نوع من الدِّيك.

قَالَ: (وَجِذْعٍ فِي سَقْفٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ ذَكَرَا القَطْعَ أَوْ لَمْ يَذْكُرَاهُ) لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِنْ نُقْرَةٍ فِضَّةً لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِي تَبْعِيضِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا لا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَطَعَ البَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الجِذْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ المُشْتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لِزَوَالِ المُفْسِدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ النَّوَى فِي التَّمْرِ أَوِ البَذْرَ فِي البِطِّيخِ حَيْثُ لا يَكُونُ صَحِيحًا، وَإِنْ شَقَّهُمَا

القطع في الصوف بمقابلة مسألة القصيل التي ذكر قبل هذا؛ ليقع الفرق بين مسألة القصيل وبين مسألة الصوف، ولهذا لم يقل: وموضع القطع في الصوف متعين، بل قال: وَالقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ، أي: القصيل يُقطع ويُقلع، فلو وقع التنازع في القصيل من حيث القطع فلا يقع من حيث القلع، وأمَّا في الصوف فالقطع متعين ولم يُعهد القلعُ وهو النتف منه، فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع، فلذلك لا يجوز بيع الصوف لأدائه إلى التنازع، وأيّد ذلك نهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيعه على ظهر الغنم على ما ذكر في الكتاب.

وذكر في «شرح الطحاوي» أصلًا لجنس هذه المسائل فقال: والأصلُ إذا باع شيئًا وهو في غلافه قبل الإزالة فإنه لايجوز، إلا الحنطة في سنبلها، أو سائر الحبوب في سنابلها، والذهب في ترابه، والفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن، وأمَّا الذي لا يجوز في غلافه كما إذا باع لبنًا في الضرع، أو لحماً في الشاة الحيَّة، أو شحمها، أو إليتها، أو أكارعها، أو جلودها، أو باع دقيقًا في هذه الحنطة، أو سمنًا في اللبن، وما أشبه ذلك من الأشياء التي في خلقتها من حيث لا يمكن أخذُها وقبضُها إلا بإفساد الخلقة.

قوله: وَجِذْعٍ فِي سَقْفٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ، أي: لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب، ولكن لو نُزع الجذع وسُلم يعود صحيحًا، وكذلك في الثوب إذا قطع البائعُ الذراع من الثوب وسلَّمه إلى المشتري يعود صحيحًا، ثم عدم الجواز في الثوب قبل القطع والتسليم إذا كان ثوبًا يضرُّه التبعيض والقطع كالقميص والعمامة، وأمَّا الكرباس فلا، بل يجوز فيه بيع ذراع منه، كما يجوز بيع قفيز من صبرة، كذا ذكره الإمام العتابي رحمه الله وغيره.

وَأَخْرَجَ المَبِيعَ لِأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا، أَمَّا الجِذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودٌ.

قوله: أَمَّا الجِذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودٌ، فلذلك لا يجوز فيما إذا قلع الجذع وسلمه، بخلاف بزر البطيخ.

فإن قلتَ: هذا يشكل بما لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح فإنه لا يجوز، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلَّمه لا ينقلب البيع إلى الجواز وإن كان الجلد عينًا موجودًا، وكذلك لو باع كرشها وأكارعها، ثم ذبح الشاة وسلم كرشها وأكارعها إلى المشتري لا ينقلب إلى الجواز وإن كان موجودًا.

قلتُ: لجنس هذه المسائل علتان مستقلتان لكل واحدة منهما تأثير في سلب الجواز، إحداهما وهي ما ذكره في الكتاب بِأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا، أي: هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه على ما ذكر في «شرح الطحاوي»، وذلك يستقيم في نوى التمر وبزر البطيخ.

والثانية: هي أن يكون المبيع وإن كان موجودًا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقةٍ وكان تابعًا له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليًا، لا أنه اعتُبِر عاجزًا حكمًا لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وذلك يستقيم في الجلد والأكارع، بخلاف الجذع فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، إلا أنه عُدَّ عاجزًا عن التسليم حكمًا لما فيه من إفساد بناء غير المستحق بالعقد، فإذا انقلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز.

فإن قلتَ: ما الفرق بين بعض المغيبات من المبيع فيجوز بيعها كالحنطة في سنبلها، وسائر الحبوب في سنابلها، وبين بعضها فلا يجوز بيعها، كحب القُطن في قطن بعينه، ونوى تمرٍ في تمرٍ بعينه على ما ذكر في «شرح الطحاوي»؟

قلتُ: الفرق فيه هو أن في كل موضع يصح إطلاق اسم ذلك المبيع الذي باعه عليه وعلى ما يتصل به يجوز البيع إعمالًا لتصحيح لفظه، وما لا فلا، ثمَّ الحنطة وإن كانت في سنبلها صحَّ أن يقال: هذه حنطة، وكذلك في سائر الحبوب يقال: هذه ذرة، وهذا أُرز، وأمَّا في حب القطن فلا يجوز أن يقال: هذا حبٌ وهو في القطن، وإنما يقال: هذا قطن، وكذلك

قَالَ: (وَضَرْبَةِ القَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ مَرَّةً لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا.

قَالَ: (وَبَيْعِ المُزَابَنَةِ، وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمْرٍ مَجْذُوذٍ مِثْلِ كَيْلِهِ خَرْصًا) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ المُزَابَنَةِ وَالمُحَاقَلَةِ» فَالمُزَابَنَةُ مَا ذَكَرْنَا، وَالمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلِ كَيْلِهَا خَرْصًا؛ وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ

في بزر البطيخ ونوى التمر لا يقال: هذا بزر، بل يقال: هذا بطيخ، وهذا تمر، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذَّخيرة».

ضَرَبَ الشَّبَكَةُ على الطائر: ألقاها عليه، ومنه: «نَهى عن ضربة القانص»، القانصُ: هو الصائد، وفي «تَهذيب الأزهري»: عن ضربة القانص، وهو الغواص على اللآلي، وذلك أن يقال للتاجر: أغوصُ لك غوصةً فما أخرجتُ فهو لك بكذا.

وَالمُزَابَنَةُ: المدافعةُ من الزَّبن وهو الدفعُ، وسُمِّي هذا النوع من البيع بها؛ لأنها تؤدي إلى النزاع والدفاع.

خَرَصَ النخلة: حرزَ ما فيها، خرصًا في حد نصر، كذا في «المغرب».

وقوله: وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا؛ لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيءٌ من الصيد.

قوله: وَبَيْعِ المُزَابَنَةِ، وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمْرٍ مَجْذُوذٍ، الأول بالثاء المنقوطة بالثلاث، والثانية بالتاء المنقوطة باثنتين، كذا وجدتُ بخط شيخي، وخط الإمام الزرنوجي رحمهما الله تعالى؛ ولأن ما على رؤوس النخيل لا يسمى تمرًا، بل رُطبًا، وإنما التمر هو المجذوذ، وأما الثمر فعام.

قوله: مِثْلِ كَيْلِهِ خَرْصًا، أي: مثل كيل التمر الذي على رأس النخل، التمر المجذوذ من حيث الحزر والظن لا من حيث الكيل الحقيقي، أو الوزن الحقيقي؛ لأنه لو وجد الكيل الحقيقي في البدلين لم يبق التمر على رؤوس النخل، بل يكون حينئذٍ تمرًا مجذوذًا كالذي

مِنْ جِنْسِهِ فَلَا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الخَرْصِ كَمَا إِذَا كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الأَرْضِ، وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ عَلَى هَذَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ المُزَابَنَةِ وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا وَهُوَ أَنْ

يقابله من المجذوذ، فكان انتصاب: خَرْصًا، على التميز من مثل كيله فلا يجوز بطريق الخَرص؛ لأن فيه شبهة الربا والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة في التحريم.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق، وله في مقدار خمسة أوسق قولان.

قوله: وَهُوَ أَنْ يُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْرًا، بالنصب على التمييز من: بِخَرْصِهَا، فإن قوله: أَنْ يُبَاعَ، مسند إلى ضمير راجع إلى التمر الذي على رأس النخيل؛ لأن الكلام فيه، وأنَّث ضميره البارز في: بِخَرْصِهَا، على أنه جمع التمرة، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث لما عُرف، فكان تقديره: وَهُوَ - أي: بيع العرايا - أَنْ يُبَاعَ - التمر التي على رأس النخل - بِخَرْصِهَا تَمْرًا، أي: بتمر مجذوذ مثله حزرًا.

وحجتنا في ردِّ ما قاله الشافعي رحمه الله من الحل في خمسة أوسق في بيع التمر على رؤوس النخيل بتمر مجذوذة مثله حرزًا، قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «التمر بالتمر كيلا بكيل»، وما على رؤوس النخيل تَمر فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلًا بكيل، وهذا الحديث عام متفق على قبوله، فيترجَّح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به.

وأمَّا العَرِيَّةُ التي فيها الرخصة بقوله: «وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا»، فهي العطية دون البيع، قال صلَّى الله عليه وسلَّم للخرَّاصين: «خففوا في الخرص فإن في المال العريَّة والوصيَّة»، والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع، بل بسبب العطاء، وقال القائل في صفة النخلة، شعر:

فليسَتْ بِسَنْهاءَ وَلَا رُجَبِيَّةٍ ❋ وَلَكِنْ عَرَايَا فِي السِّنِينَ الْجَوَائِحِ

والافتخار بالعطاء دون البيع، وتفسير العريَّة: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه

يُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ». قُلْنَا: العَرِيَّةُ: العَطِيَّةُ لُغَةً، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يَبِيعَ المُعْرَى لَهُ مَا عَلَى النَّخِيلِ مِنَ المُعْرِي بِتَمْرٍ مَجْذُوذٍ، وَهُوَ بَيْعٌ مَجَازًا لِأَنَّهُ

لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرَى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذ بالخرص، ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفًا للوعد، وهذا عندنا جائز؛ لأن الموهوب لم يصر ملكـًا للموهوب له ما دام متصلًا بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضًا عنه، بل هبة مبتدأة، وإنما سُمي ذلك بيعًا مجازًا؛ لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد، واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظنَّ الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده، والقياس معنا في المسألة؛ لأنه باع مكيلًا بمكيل من جنسه، فلا يجوز بطريق الخرص، كما لو كانا موضوعين على الأرض، أو كانا على رؤوس النخيل، وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير، فإنه لو باع الشعير المستحصد بشعير مثله بطريق الخرص لم يجز، وكذلك الحنطة.

ثمَّ إنما سُمِّيت عرية؛ لأن فيها من معنى الإتيان من: عروتُ الرجل، أي: أتيتُه طالبًا معروفة عروًا، فكانت العرية هي النخلة يُعريها صاحبها رجلًا محتاجًا، أي: يجعل له ثمرتها عامها؛ لأَنَّها تؤتَى للاجتناء، ولذا قالوا للمعري: العاري والمعتري، وقيل: لأَنَّها عريت من التحريم؛ أو لأنه لمَّا وهب ثمرتها فكأنها جرَّدها من الثمرة، فعلى الأول فعيلة بمعنى مفعولة، وهو الصحيح، وعلى الثاني بمعنى فاعلة.

والشعر لسويد بن الصامت، وهو أقوى شاهد لما قلنا من تفسير العرية؛ لأنه لو كان الأمر كما زعموا لما كان هذا مدحًا.

السنهاء: النخلة التي تحمل سنة وسنة لا، والرُّجَبية: بضم الراء وفتح الجيم هي النخلة التي تُبنى حولها رُحبة، وهي جدارٌ أو نحوه لتعتمد عليه لثقلها أو لضعفها، والجوائح: جمع جائحة، وهي السَّنة المجدبة، كذا في «المبسوط»، و«المغرب»، وأسند الشعر إلى حسان بن ثابت في «شرح الطحاوي».

لَمْ يَمْلِكْهُ فَيَكُونُ بِرًّا مُبْتَدَأً.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ البَيْعُ بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالمُلَامَسَةِ وَالمُنَابَزَةِ) وَهَذِهِ بُيُوعٌ كَانَتْ فِي الجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَى سِلْعَةٍ: أَيْ يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا المُشْتَرِي أَوْ نَبَذَهَا إِلَيْهِ البَائِعُ أَوْ وَضَعَ المُشْتَرِي عَلَيْهَا حَصَاةً لَزِمَ البَيْعُ؛ فَالأَوَّلُ بَيْعُ المُلَامَسَةِ وَالثَّانِي المُنَابَذَةُ، وَالثَّالِثُ إِلْقَاءُ الحَجَرِ، «وَقَدْ نَهَى - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ المُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْلِيقًا بِالخَطَرِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ؛ وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ جَازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِفُرُوعِهِ. قَالَ: (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ المَرَاعِي وَلا إِجَارَتُهَا) المُرَادُ الكَلَأُ، أَمَّا البَيْعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَا لا يَمْلِكُهُ،

قوله: فَيَكُونُ بِرًّا مُبْتَدَأً، أي: فيكون إعطاء المعري التمر المجذوذ برًّا مبتدأ.

التساوم: من السوم يقال: سام البائع السلعة، أي: عرضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها سومًا.

قوله: فَإِذَا لَمَسَهَا المُشْتَرِي، أي: السلعة.

قوله: لَزِمَ البَيْعُ، أي: رضيَ البائع أو لم يرض.

قوله: «وَقَدْ نَهَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ المُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ»، والحديث لم يتعرض لبيع إلقاء الحجر، ولكن الحق هو بيع الملامسة والمنابذة بطريق الدلالة.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْلِيقًا بِالخَطَرِ، لأنه صار بمنزلة ما إذا قال البائع للمشتري: أيّ ثوب ألقيتَ الحجر عليه فقد بعتُه، وكان فيه تعليق البيع بإلقاء الحجر، وكذلك في غيره.

الكَلَأُ: واحد الأكلاء، وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس، كذا في «المغرب».

لِاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالحَدِيثِ،

قوله: المُرَادُ الكَلَأُ، وإنما احتاج إلى هذا التفسير؛ لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض، وعلى الكلأ، وعلى مصدر رعي كالرعي، كذا في «الصحاح»، ولو لم يفسّر بالكلأ لوقع على أرضه وهو لا يصح؛ لأن بيع الأراضي جائز سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن.

قوله: لِاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالحَدِيثِ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الناس شركاء في الثلاث: الماء، والكلأ، والنار»، فالمشتري لم يستفد بهذا العقد شيئًا لم يكن فيبطل، ومعنى الحديث: أي: لهم الانتفاع بضوءها والاصطلاء بها، والشرب، وسقي الدواب، والاستقاء من الآبار، والحياض، والأنهار المملوكة، والاحتشاش من الأراضي المملوكة، وله أن يمنع أحدًا من الدخول في أرضه، فإذا منعه كان لغيره أن يقول له: إن لي في أرضك حقًّا، فإما أن توصلني إلى حقي، أو تحتشه فتدفعه إليَّ، أو تدعني آخذ، كثوب لرجل وقع في دار رجل، وكذا حوض في كرم، وإن باعه بعدما أحرزه جاز؛ لأنه صار أخصّ به من غيره فجاز بيعه، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام التمرتاشي رحمهما الله.

فإن قلتَ: لو كان كونه أخصّ به من غيره مُجوِّزًا للبيع ينبغي أن يجوز بيع الكلأ إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي والتربية في أرضه.

قلتُ: فيه اختلاف الرواية، فإنه ذكر في «الذخيرة»، و«المحيط»: ولو باع حشيشًا في أرضه إن كان صاحب الأرض هو الذي أنبت، بأن سقاها لأجل الحشيش فنبتَ بتكلفة[1] جاز؛ لأنه ملكه، ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبتَ بنفسه لا يجوز؛ لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل، ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه فلهذا لم يجز بيعه، هكذا ذكر في «النوازل».

وفي «القدوري»: ولا يجوز بيع الكلأ في أرضه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في الأرض، قال ثمَّة: ولو ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه، قال: لأن

(١) في بعض النُّسخ كنسخة لاله لي (لل)، ونسخة فاتح - الأولى (فح١) وقع النص (فنبتَ بمكانه) بدل (فنبتَ بتكلفة).

وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ مُبَاحٍ، وَلَوْ عَقَدَ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ مَمْلُوكٍ بِأَنِ اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لا يَجُوزُ فَهَذَا أَوْلَى.

الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ، فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز بيعه، وما ذكره القدوري رحمه الله بخلاف ما ذكر في «النوازل»، ولكن ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله جوازه مطلقاً، فقال:

وفي «الإسبيجابي» عن المتأخرين: إذا نبتَ الكلأ بسقي رب الأرض وقيامه على ذلك ملك وجاز بيعه قبل الاحتشاش، ولو احتشه إنسان بلا إذنه كان له الاسترداد، وهو مختار الشهيد، وذكر بكر في اختلاف أبي حنيفة رضي الله عنه إذا نبتَ الكلأ في ملكه بإنباته جاز بيعه، وكذا لو حدَّق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبتَ القصب صار ملكًا له، ثم قال: ولم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أم باطلة، وذكر في الشرب أنَّها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها.

ذكر الحلوانِي عن محمد رحمهما الله: الكلأُ ما ليس له ساق، وما قام على الساق فليس بكلاءٍ مثل الحاج، وكان الفضلي يقول: هو كلأ.

قوله: وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ، أي: هذه الإجارة وهي إجارة الكلأ، عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ؛ لأن الكلأ عين فلذلك لا يجوز إجارته بالطريق الأولى؛ لأن الإجارة إذا عقدت على استهلاك عين مملوك لا يجوز، فهاهُنا أولى؛ لأن الكلأ مباح وليس بمملوك لأحدٍ، فكان عدم جواز إجارة الكلأ لمعنيين:

أحدهما: وقوع الإجارة في عين غير مملوك، والثانِي: وقوعها في استهلاك العين؛ لما أنَّ شرعية الإجارة إنما كانت في استهلاك المنافع لا في استهلاك العين.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وكذلك لا تجوز الإجارة؛ لأن المستحق بالإجارة على الآجر المنافع دون الأعيان، إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ في استيجار الصباغ، واللبن في استيجار الظئر؛ لكونه آلة للحضانة والظّؤورة.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحْرَزًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُؤْكَلُ كَالبَغْلِ وَالحِمَارِ، وَلَهُمَا أَنَّهُمَا مِنَ الهَوَامِّ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالِانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بِعَيْنِهِ فَلَا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ قَبْلَ الخُرُوجِ، حَتَّى لَوْ بَاعَ كُوَّارَةً فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبَعًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ القَزِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) لِأَنَّهُ مِنَ الهَوَامِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ القَزُّ تَبَعًا لَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: بخلاف استئجار الظئر حيث يجوز؛ لأن لبن بنات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه، ولا يضمن متلفه، والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه، فبقوله: لا بعينه، وقع الاحتراز عن بيع المهر والجحش، فإنَّهما وإن كانا لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المآل بأعيانِهما، فيجوز البيع.

الكُوَّارَةُ: بالضم والتشديد عن الغوري رحمه الله: معسل النحل إذا سوى من طين، وفي «التهذيب»: كُوَارة النحل، وكُوَارة مخففة، وفي باب الكاف: الكوار والكوارة، هكذا مقيدان بالكسر من غير تشديد شيء، كذا في «المغرب».

وقيد الزمخشري بفتح الكاف، وفي «الغريبين»: بالضم، كذا ذكره الكرخي رحمه الله في «مختصره»، هكذا ذكر هنا، وذكر في موضع آخر: أن هذا قول القدوري، فأنكر أبو الحسن - وهو الكرخي رحمهم الله - جواز بيع النحل مع العسل، وقال: إنما يدخل الشيء في البيع تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه، كالشرب والطريق، وهذا ليس من حقوقه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ، وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام

لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَقِيلَ أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - كَمَا فِي دُودِ القَزِّ وَالحَمَامِ إِذَا عَلِمَ عَدَدَهَا وَأَمْكَنَ تَسْلِيمُهَا جَازَ بَيْعُهَا لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الآبِقِ) لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْهُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ) لِأَنَّ المَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ آبِقٍ مُطْلَقٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ المُشْتَرِي؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ المُشْتَرِي انْتَفَى العَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ وَهُوَ المَانِعُ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ،

المحبوبي، وكذا هو اختيار الصدر الشهيد، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضَةِ - أي: بيض دود القزِّ، وهو الذي يقال بالفارسية (تُخم بِلّه) - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لما ذكر من الدليل في بيع النحل، وهو أن الانتفاع بما يخرج منه لا بعينه، فلا يكون منتفعًا به قبل الخروج فلا يجوز البيع.

ففي مسألة دود القز مرَّ أبو حنيفة رحمه الله على أصله المذكور في بيع النحل، وكذا محمد رحمه الله مرَّ على أصله فقال بالجواز فيهما، وأمَّا أبو يوسف رحمه الله ففرق، ففي بيع النحل مع أبي حنيفة رحمه الله، وفي بيع دود القز مع محمد رحمه الله فقال: ما ظهر من القزِّ متنفع به في المستقبل، فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ، قال الإمام المحبوبي رحمه الله: وعليه الفتوى، وكذا ذكره في «الذخيرة» وقال: فإنه اختيار الصدر الشهيد.

قوله: وَكَانَ أَشْهَدَ، أي: للرد على المولى؛ لأنه أمانة عنده، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى يهلك عن مال المولى.

وَقَبْضُ الأَمَانَةِ لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ البَيْعِ، وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهِدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَصْبٍ، وَلَوْ قَالَ هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعْهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَلِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَلَوْ بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِنَ الإِبَاقِ لا يَتِمُّ ذَلِكَ العَقْدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ كَبَيْعِ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ.

قوله: وَقَبْضُ الأَمَانَةِ لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ البَيْعِ؛ لأن قبض البيع قبض ضمان، ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة، ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة، فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة لتأكد قبض الضمان باللزوم والملك، أمَّا اللزوم فإن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع يجبر على قبضه، وبعدما قبض ليس للبائع فسخه بخلاف الهبة، وأمَّا الملك فإن الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل، بخلاف قبض الوديعة.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهِدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وإن لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، أي: لا يصير قابضًا، وعندهما يصير قابضًا عقيب الشراء، وإن كان أخذه لنفسه يصير قابضًا عقيب الشراء عندهم جميعًا.

قوله: وَلَوْ بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِنَ الإِبَاقِ لا يَتِمُّ ذَلِكَ العَقْدُ، ويحتاج إلى بيع جديد، وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمهما الله؛ لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتًا وقت البيع فلا يجوز، وإن وجد من بعد وصار كما لو باع خمرًا وصار خلًّا في المجلس وسلَّمه، أو باع طيرًا في الهواء، أو سمكًا في الماء، ثم أخذه وسلمه في المجلس فإنه لا يجوز البيع.

قوله: لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ؛ لأن محل البيع هو مال مقدور التسليم، والآبق ليس بمقدور التسليم؛ ولأن المالية في الآبق تاوية، فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من المبيع.

فإن قيل: فلِمَ جاز إعتاقه؟ قلنا: الإعتاق إبطال الملك فيلائم تواه بالإباق، وأمَّا البيع فإثبات الملك للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَتِمُّ العَقْدُ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ لِأَنَّ العَقْدَ انْعَقَدَ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ وَالمَانِعَ قَدِ ارْتَفَعَ وَهُوَ العَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، كَمَا إِذَا أَبَقَ بَعْدَ البَيْعِ، وَهَكَذَا يُرْوَى عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ لَبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ بَيْعُهُ؛

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَتِمُّ العَقْدُ، وبه أخذ الكرخي، وجماعة من مشايخنا، وهكذا ذكر القاضي الإسبيجابي رحمهم الله، وبعد ظهور الآبق فأيّهما امتنع من البائع والمشتري يجبر على التسليم والتسلم، ولا يحتاج إلى بيع جديد، إلا إذا كان المشتري رفع الأمر إلى القاضي، وطلب التسليم من البائع، وظهر عجزه عن التسليم، وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد، فحينئذٍ يحتاج إلى بيع جديد، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالمَانِعَ قَدِ ارْتَفَعَ وَهُوَ العَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، فإذا زال صار كأن لم يكن، كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة، كذا في «المبسوط».

ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز، ولو وهبه له أو ليتيم في حجره جاز؛ لأن ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع، وإعتاق الآبق عن الكفارة جائز إذا علم حياته ومكانه، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَا بَيْعُ لَبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ، قيل: ذكر القدح اتفاقي، فإن حرمة بيعه غير موقوفة إلى كونه في القدح، بل لا يجوز سواءٌ كان في ثدي المرأة أو في القدح، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة فقال: وَلَا بَيْعُ لَبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ؛ لأن العادة جارية بأن يجعل اللبن في القدح، ولكن الأصح فيه أن يقال: إن هذا قيد مفيد؛ وذلك لأنه لو لم يذكر القدح لتُوهِّم أنه يجوز بيعه إذا كان في القدح، وإنما لا يجوز بسبب كونه في الثدي، كما هو الحكم في ألبان سائر الحيوانات، أنه إذا باعه وهو في الضرع لا يجوز، وإذا كان في القدح أو في غيره من الإناء يجوز، إلى هذا المعنى أشار الإمام أبو جعفر رحمه الله في «كشف الغوامض» بقوله: بأن رواية «الجامع الصغير» أزالت الشبهة التي ترد في وضع رواية كتاب الإجارات.

لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكَرَّمٌ مَصُونٌ

وعلل شمس الأئمة رحمه الله في حرمة بيعه بقوله: إن لبن الآدمية في حكم المنفعة حتى يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، وبيع مثله لا يجوز، وإلى هذه النكتة أشار ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فقال: جواز استئجار الظئر دليل على فساد بيع لبن الآدمية، وفساد استئجار الأنعام لمنفعة اللبن دليل على جواز بيع ألبانها، وفي تجويز بيع لبن الآدمية فساد؛ فإنه يثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربّي به من الصبيان، فإذا لم يكن معلومًا يتمكن فساد في الأنكحة بين الناس، والله لا يحب الفساد.

قوله: لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، ذكر الطهاره بعد كونه مشروبًا احترازًا عن الخمر وعمَّا لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرًا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع؛ فإنه لا يجوز بيعهما لفوات وصف الطهارة في الخمر، وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الآدَمِيِّ، فلا يكون مالًا؛ لأن المال هو غير الآدميّ خلق لمصلحة الآدمي ممَّا يجري فيه الشّح والضنَّة، ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلًا، وأمَّا دلالة أن اللبن جزء الآدمي فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية، فلمَّا كان هو جزءه والآدمي بجميع أعضائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وغيره، فلذلك لا يجوز بيعه.

فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة بالإتلاف، فلذلك وجب أن يكون اللبن كذلك.

قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالإتلاف بل تضمن ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء سقط الضمان، وكذلك السنّ إذا نبتت إلا ما يستوفى بالوطء، فإنه مضمون وإن لم ينقص شيئًا تغليظًا لباب البضع، ألا ترى أنه يجب وإن أذنت بالاستيفاء إذا لم يجب الحد، بخلاف الطرف فإنه لا ضمان فيه مع الإذن؛ وهذا لأن ما يستوفي بالوطء ملحق حكمًا بالنفس في حق الضمان؛ لأنه احترام للماء الذي منه نفس، بخلاف من جزَّ صوف شاةٍ ثم نبتَ آخر لم يسقط عنه ضمان الأول، وبإتلاف اللبن لا ينتقص من الأصل شيء فلا يضمن، كذا في «الأسرار».

فإن قلتَ: لمَّا كان للبن الآدمي حكم المنفعة على ما ذكره شمس الأئمة في تعليله،

عَنِ الِابْتِذَالِ بِالْبَيْعِ، وَلا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبَنِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبَنِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَى نَفْسِهَا فَكَذَا عَلَى جُزْئِهَا، قُلْنَا: الرِّقُّ قَدْ حَلَّ نَفْسَهَا، فَأَمَّا اللَّبَنُ فَلا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَحِلٍّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ القُوَّةُ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الحَيُّ وَلا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ.

ومنفعة الآدمي تستحق بعقد الإجارة والإجارة نوع بيع، فيجب أن يستحق لبن الآدمي أيضًا بالبيع كمنفعته.

قلتُ: للبن الآدمي حكم المنفعة من حيث جواز استئجار الظئر دون البقرة ليشرب لبنها، ولكن ليس بمنفعة حقيقة؛ لأن المنافع لا تتولد من العين، ولكنها أعراض تحدث في العين شيئًا فشيئًا فكانت غير الآدمي، ولمَّا كانت غيره جاز أن يستحق بالعقد كسائر الأموال، وأمَّا اللبن فإنه عين متولد من الآدمي حقيقةً والآدمي خلق مالكًا للمال، وبين كونه مالكًا للمال وبين كونه مالًا منافاة، وإليه أشار الله تعالى في قوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، ولأجزاء الآدمي من الحكم ما لعينه، ألا ترى أن شعر الآدمي لا ينتفع به إكرامًا للآدمي، وأنَّ غائط الآدمي يدفن، وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به.

وأمَّا قوله: أَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، فقلنا: لا نسلم بأن اللبن مشروب على الإطلاق، وإنما هو غذاءٌ في تربية الصبيان لأجل الضرورة، فهم لا يُتَرَبَّون إلا بلبن الجنس عادةً، كالميتة يكون غذاءً عند الضرورة، ولا يدل هذا على أنَّها مال متقوم وهذا نظير النكاح؛ فإن البضع يتملك بالعقد للحاجة إلى اقتضاء الشهوة وإقامة النسل، ولا يحصل ذلك إلا بالجنس، ثم ذلك لا يدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما في الثدي من اللبن، وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق، فأمَّا ما يحلب في القوارير فقلَّما يحصِّل به غذاء الصبي، وفي تجويز بيع ذلك فساد على ما بيَّنا، إلى هذا أشار في إجارات «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن الرق - يَخْتَصُّ بِمَحِلٍّ ... القُوَّةِ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ - أي: ضد الرق - وَهُوَ الحَيُّ - أي: محل القوة التي هي ضد الرق الحي - وَلا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ، فلا يكون محلًّا

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الخِنْزِيرِ) لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ لِلْخَرْزِ لِلضَّرُورَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ العَمَلَ لَا يَتَأَتَّى بِدُونِهِ، وَيُوجَدُ مُبَاحَ الأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى البَيْعِ، وَلَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيلِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يُفْسِدُهُ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الِاسْتِعْمَالِ

لا للعتق ولا للرق، فإنهما صفتان يختص بهما الأحياء.

قوله: فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، فإن قلتَ: جعل البيع في مسألة لبن الآدمي وشعره دليل للإهانة حيث قال: إنه مكرَّم مصون عن الابتذال بالبيع، وجعله دليل الإعزاز في مسألة شعر الخنْزير؛ لأنه جعل عدم جواز بيعه إهانة له، فكان بيعه إعزازًا لا محالة، فكيف يكون الشيء الواحد دليل الإعزاز ودليل الإهانة؟ وهو هو.

قلتُ: قال شيخي رحمه الله في جواب هذا: إن الإعزاز والإهانة يتفاوتان بتفاوت محليهما كالإحراق؛ فإنه إهانة في حق الآدمي، إعزاز في حق الحطب؛ حيث اعتبر به دون غيره.

قوله: وَيَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ لِلْخَرْزِ، خصَّ الخرز؛ لأنه لا يجوز الانتفاع بشعر الخنزير لغير الخرز، وإنما جوز الانتفاع به للخرز للضرورة؛ لأن غيره لا يعمل عمله فلا ضرورة إلى البيع، وقيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه، لكن الثمن لا يطيب للبائع.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء؛ لأن ذلك حالة الضرورة، فأمَّا البيع فيكره للبائع، ولا بأس للأساكفة أن يصلُّوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم.

وفي «الشافي»: لو صلَّى ومعه شعر الخنزير، وهو زائد على قدر الدرهم وزنًا عند بعضهم وبسطًا عند آخرين، لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: يجوز.

وفي «الحيرة»: هذا كله في المنتوف، وأما المجزوز طاهر، كذا في «الجامع الصغير»

وَحَالَةُ الوُقُوعِ تُغَايِرُهَا (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ شُعُورِ الإِنْسَانِ وَلا الإِنْتِفَاعُ بِهَا) لِأَنَّ الآدَمِيَّ مُكَرَّمٌ لا مُبْتَذَلٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مُهَانًا وَمُبْتَذَلًا وَقَدْ قَالَ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الوَاصِلَةَ وَالمُسْتَوْصِلَةَ» الحَدِيثُ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِيمَا يُتَّخَذُ مِنَ الوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ.

للتمرتاشي، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: «لَعَنَ اللهُ الوَاصِلَةَ وَالمُسْتَوْصِلَةَ»، فالواصلة التي تصل الشعر، والمستوصلة التي يفعل بها ذلك، كذا في «الصحاح».

وإنما يستحق اللعن بالانتفاع بما لا يجوز الانتفاع به، ثم الآدمي مكرم شرعًا، ولكرامته لا ينتفع بشيء مما ينفصل عنه بل يدفن، ألا ترى أن غائط الآدمي يدفن ولا ينتفع به كما هو، فكذلك شعره يدفن ولا ينتفع به.

ورُوي عن محمد رحمه الله أنه جوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالًا بما رُوي: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به»، ولو كان نجسًا لما فعل فإنه لا يتبرك بالنجس، ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك به نَهاه أن يعود إلى مثله في المستقبل، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وذكر في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله: وقال أصحابنا: إن شعر الإنسان طاهر هو الصحيح عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: نجس، واحتجَّ بحرمة الانتفاع به، واحتجَّ أصحابنا بالضرورة في الاحتراز عن تناثر الشعور؛ ولأن شعر غير الإنسان لا ينجس بالمزايلة، فشعر الإنسان وهو أطهر أولى؛ ولأنه لا حياة فيه، فأما الانتفاع فإنما حرم لشرفه لا لخبثه، بخلاف الخنْزير.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: ولو وقع شعر الآدمي في الماء القليل لا يفسده؛ لأنه طاهر بجميع أجزائه.

قَالَ: (وَلا بَيْعُ جُلُودِ المَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تَنْتَفِعُوا مِنَ المَيْتَةِ بِإِهَابٍ» وَهُوَ اسْمٌ لِغَيْرِ المَدْبُوغِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالِانْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدِّبَاغِ) لِأَنَّهَا قَدْ طَهُرَتْ بِالدِّبَاغِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ المَيْتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِهَا وَالِانْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ)؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لا يَحِلُّهَا المَوْتُ؛ لِعَدَمِ الحَيَاةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَالفِيلُ كَالخِنْزِيرِ نَجِسُ العَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السِّبَاعِ حَتَّى يُبَاعُ عَظْمُهُ وَيُنْتَفَعُ بِهِ.

قوله: فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ، أي: يزيد في أصول الشعر للتكثير، وفي الذَّوائب للتطويل.

قوله: وَلَا - يجوز - بَيْعُ جُلُودِ المَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، ولا يقال: نجاستها لما اتصل بها من الدسومات، فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس؛ لأنا نقول: إن هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة، فما لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد، وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين، فأمَّا النجاسة في الثوب ليس بأصل الخلقة، بل جاورته بعد أن لم تكن متصلة بالثوب، فلا يعتبر حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهَا قَدْ طَهُرَتْ بِالدِّبَاغِ؛ لأن الدباغ تأثيره في إزالة الرطوبات، والدماء المتشربه كالذكاة، ثم الجلد يطهر بالذكاة، فكذا يطهر بالدباغ، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالفِيلُ كَالخِنْزِيرِ نَجِسُ العَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السِّبَاعِ، وذكر في «الذخيرة» مطلقًا من غير خلاف أحد بأن بيع الفيل جائز؛ لأنه منتفع به حقيقةً وشرعًا، فهو كسائر الحيوانات.

وفي «العيون»: لا بأس ببيع عظام الفيل وغيره من الميتة؛ لأن الموت لا يحل العظام،

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَوْ سَقَطَ العُلُوُّ وَحْدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ المَالَ مَا يُمْكِنُ إِحْرَازُهُ وَالمَالُ هُوَ المَحِلُّ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ الشِّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخٍ - رَحِمَهُمُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ المَاءِ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالإِتْلَافِ وَلَهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الشُّرْبِ.

ولا دم فيه، فلا يتنجس فيجوز بيعه، إلا عظم الآدمي والخنزير؛ فإن بيعهما لا يجوز، قالوا: وهذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، وأمَّا إذا كانت فهو نجس، فلا يجوز بيعه.

قوله: فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ، أي: حق التعلِّي.

قوله: وَالمَالُ هُوَ المَحِلُّ لِلْبَيْعِ، فإن محل البيع هو مال، أو حق يتعلق بالعين، وحق التعلِّي حق يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ المَاءِ، والماء عين مال، فكان بيع الشرب بمنْزلة بيع العين، أو بيع حق يتعلق بالعين فيجوز، بخلاف حق التعلِّي؛ فإن التعلِّي عرض فحق التعلِّي يتعلق بالهواء على ما ذكرنا، فلا يجوز بيعه.

فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء، ينبغي أن لا يجوز البيع إذا كان الماء معدومًا في الأرض.

قلنا: إنما يجوز للضرورة ولعرضية وجوده، كما في السلم والاستصناع، هكذا نقل من «فوائد مولانا الإمام حميد الدين الضرير» رحمه الله.

قوله: وَلَهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الشُّرْبِ، فإنه لو ادَّعى أرضًا في يد إنسان أنه اشتراها، فاشتراها بألف وأقام شاهدين، فشهد أحدهما كذلك، وشهد الآخر أنه اشتراها بألف ولم يذكر الشرب، لم يقبل؛ لأنهما اختلفا في ثمن الأرض، كذا في «الجامع

قَالَ: (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ جَائِزٌ وَبَيْعُ مَسِيلِ المَاءِ وَهِبَتُهُ بَاطِلٌ) وَالمَسْأَلَةُ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ، وَبَيْعُ حَقِّ المُرُورِ وَالتَّسْيِيلِ. فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا، وَأَمَّا المَسِيلُ فَمَجْهُولٌ لِأَنَّهُ لا يُدْرَى قَدْرُ مَا يَشْغَلُهُ مِنَ المَاءِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَفِي بَيْعِ حَقِّ المُرُورِ رِوَايَتَانِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَقِّ التَّسْيِيلِ أَنَّ حَقَّ المُرُورِ مَعْلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحِلٍّ مَعْلُومٍ وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا المَسِيلُ عَلَى السَّطْحِ فَهُوَ نَظِيرُ حَقِّ

الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ، أي: إن كان المراد الأول وهو رقبه الطريق، ورقبة المسيل، لكن في بيع رقبة المسيل مع اعتبار حق التسيل، ولكن لم يبين حد ما يشغله الماء وقدره، ألا ترى أنه علل عدم الجواز بأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لو باع رقبه النهر من غير اعتبار حق التسيل، أو بين قدر التسييل فالبيع جائز.

فإنه ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بعدما ذكر رواية «الجامع الصغير»: فمن أصحابنا من يقول: المراد منه حق تسيل الماء لا عين المسيل، فإن عين المسيل مملوك يجوز بيعه كالطريق، وقال: والرواية محفوظة فيما إذا باع عشر النهر أن ذلك يجوز.

وكذلك ذكر الإمام قاضي خان فقال: وإن باع رقبة الأرض لتسييل الماء إن بيَّن حدوده وموضعه جاز، وإن لم يبين لا يجوز.

وقوله: أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا، هذا إذا بيَّن الطول والعرض، وأمَّا إذا لم يبينهما فهو جائز أيضًا؛ لأنه تقدر بعرض من باب الدار العظمى.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى إِحْدَاهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَقِّ التَّسْيِيلِ، أي: بين حق المرور فإنه يجوز على تلك الرواية، وبين حق التسيل فإنه لا يجوز أصلًا.

التَّعَلِّي وَعَلَى الأَرْضِ مَجْهُولٌ لِجَهَالَةِ مَحِلِّهِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ المُرُورِ وَحَقِّ التَّعَلِّي عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ لا تَبْقَى وَهُوَ البِنَاءُ فَأَشْبَهَ المَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ المُرُورِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الأَرْضُ فَأَشْبَهَ الأَعْيَانَ.

وقوله: وَعَلَى الأَرْضِ، معطوف على قوله: عَلَى السَّطْحِ، أي: بيع المسيل لا يجوز، سواء كان على السطح أو على الأرض.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ المُرُورِ - حيث يجوز بيعه في رواية - وَ - بين - حَقِّ التَّعَلِّي - حيث لا يجوز أصلًا -، وقوله: عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، يتعلق بقوله: بَيْنَ حَقِّ المُرُورِ، أي بين حق المرور الذي جائز على إحدى الروايتين، وحاصل ذلك أن المذكور في رواية «الجامع الصغير» بأن بيع الطريق جائز وبيع المسيل الماء لا يجوز، لا يخلو عن ثمانية أوجه؛ فإن بيع الطريق لا يخلو عن ثلاثة أوجه: لأنه إما أن أراد به بيع رقبة الطريق، أو أراد به حق التطرّق، وهو المذكور في الكتاب بحق المرور، فلو أراد به بيع رقبه الطريق فلا يخلو: إما أن يبيِّن طول الطريق وعرضه، أو لم يبيِّن، فبيع رقبة الطريق في الوجهين جائز على ما ذكرنا من رواية «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

وإن أراد ببيع الطريق حق التطرّق دون رقبة الأرض ذكر في «الزيادات» أنه لا يجوز، وروى ابن سماعة أنه يجوز، وذكر في كتاب القسمة وجعل لحق المرور قسطًا من الثمن، وأنه يدل على جواز البيع، فعلى رواية الجواز فرق بين حق المرور وحق التعلِّي على ما يذكر.

وبيع المسيل لا يخلو عن خمسة أوجه: لأنه إمَّا أن يريد به بيع رقبة المسيل وهي النهر، فهو جائز على ما ذكرنا من رواية شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، أو أراد به رقبة الأرض لتسييل الماء، فهو على وجهين: أن يبيِّن حدوده وموضعه، فهو جائز أيضًا، وإن لم يبيِّن لا يجوز، وإمَّا أن يريد به حق التسييل فهو لا يخلو من وجهين: إمَّا أن كان هو في السطح أو في الأرض، وكلاهما غير جائز، أمَّا عدم الجواز في السطح فلمعنيين:

أحدهما: أنه متعلق بالهواء، فكان بمنزلة حق التعلِّي، وبيع حق التعلِّي لا يجوز باتفاق

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعْجَةٌ حَيْثُ يَنْعَقِدُ البَيْعُ وَيَتَخَيَّرُ، وَالفَرْقُ يَبْتَنِي عَلَى الأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ أَنَّ الإِشَارَةَ مَعَ التَّسْمِيَةِ إِذَا اجْتَمَعَتَا فَفِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِالمُسَمَّى وَيَبْطُلُ لِانْعِدَامِهِ، وَفِي مُتَّحِدِي الجِنْسِ

الروايات، فكذا بيع حق التسييل في السطح.

والثاني: بسبب الجهالة؛ لأن التسييل مجهول يختلف بقلَّة الماء وكثرته، وعدم جواز بيع حق التسييل في الأرض لمعنى واحد وهو الجهالة، هذا حاصل ما ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي، وقاضي خان وغيرهما.

ووجه الفرق بين المرور حيث يجوز بيعه في رواية، وبين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه في جميع الروايات، مع أنَّ في كل منهما بيع الحق لا بيع العين، هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال وهو عين، فما يتعلق به كان له حكم المال أيضًا، أمَّا حق التعلِّي حق يتعلق بالهواء، فالهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ، ذكَّر المبتدأ بتذكير الخبر، وإن كان الضمير راجعًا إلى المؤنث، كقوله تعالى: ﴿قَالَ هَٰذَا رَبِّي﴾ [الأنعام: ٧٨]، كما يؤنث بتأنيث الخبر كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ تَكُن فِتْنَتُهُمْ إِلَّآ أَن قَالُواْ وَٱللَّهِ رَبِّنَا﴾ [الأنعام: ٢٣].

قوله: وَالفَرْقُ يَبْتَنِي عَلَى الأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: ذلك الأصل الذي ذكرنا هو متفق عليه في حكمه، لكن ذكرنا ذلك الأصل المتفق عليه في وجه قول محمد رحمه الله في مسألة ما إذا تزوجها على دَنٍّ من الخل فإذا هو خمر، فلاتفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف هاهنا في مسألة من باع جارية فإذا هي غلام.

قوله: فَفِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِالمُسَمَّى، وإنما كانت العبرة للتسمية في مختلفي

يَتَعَلَّقُ بِالمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لِوُجُودِهِ وَيَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصْفِ، كَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الذَّكَرُ وَالأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، وَفِي الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِلتَّقَارُبِ فِيهَا،

الجنس؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة؛ لأن الإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال: هذا، صار الذات معيَّنًا، والتسمية لإعلام الماهية وإنه أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ونحن نحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ تعريفًا، فلذلك علقنا الحكم بالمسمى دون المشار إليه، وأمَّا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى فكانت العبرة للإشارة؛ لأن ما سمِّي وجد في المشار إليه، فصار حق التسمية مقضيًّا بالمشار إليه فبقيت الإشارة لتمييز الذات، فلذلك تعلق الحكم بالمشار إليه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر فخر الإسلام رحمه الله: إنما يتعلق العقد بالمشار إليه في متفقي الجنس؛ لأن الجمع بين الإشارة والتسمية هناك ممكن، بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب، حتى لو قال: بعتُ هذا العبد الخبَّاز، فإذا هو ليس بخبَّاز كان البيع صحيحًا، فكان ذكر الوصف للترغيب، وإذا كان بخلاف جنس المسمى تعلق العقد بالمسمَّى؛ لأن العقد يبتني على المسمى وهو المقصود، والبناء على المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ويثبت الخيار إذا كان الموجود أنقص، هكذا ذكر هنا[1]، وهكذا أيضًا ذكره صدر الإسلام في «الجامع الصغير».

وذكر صاحب «المحيط»: أن للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه أنقص وهو الصحيح؛ لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط.

قوله: جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، فإن الجارية تصلح للفراش والغلام لا يصلح، ثم اختلفوا أن هذا البيع باطل أم فاسد؟ قال بعضهم: باطل؛ لأنه باع المعدوم وبيع المعدوم باطل، وقال بعضهم: فاسد، وهو اختيار الكرخي رحمه الله؛ لأنه باع المسمَّى وأشار إلى

(١) في نسخة عاطف أفندي (عط) تحت السطر: أي: في البيع الفاسد.

وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الأَصْلِ كَالخَلِّ وَالدِّبْسِ جِنْسَانِ. وَالوَذَارِيُّ وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ عَلَى مَا قَالُوا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَّةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِنَ البَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ الثَّمَنَ الأَوَّلَ لا يَجُوزُ البَيْعُ الثَّانِي) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ لِأَنَّ المِلْكَ قَدْ تَمَّ فِيهَا بِالقَبْضِ فَصَارَ البَيْعُ مِنَ البَائِعِ وَمِنْ غَيْرِهِ سَوَاءً وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ أَوْ بِالعَرْضِ، وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: لِتِلْكَ المَرْأَةِ وَقَدْ بَاعَتْ بِسِتِّمِائَةٍ بَعْدَمَا اشْتَرَتْ بِثَمَانِمِائَةٍ:

غيره، فصار كأنه باع شيئًا على أن يسلّم غيره وذلك فاسد، كذا ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الأَصْلِ، أي: المعتبر في أنّهما جنسان مختلفان أو متحدان تفاوت الأغراض وتقاربها، دون أصل المادة، حتى قالوا: إن الخَلِّ وَالدِّبْسِ جِنْسَانِ مع اتحاد أصلهما.

الوَذَارِيُّ: بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة، ثوب منسوب إلى وَذار: قرية بسمرقند.

وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ: ثوب منسوب إلى زندنه: قرية ببُخارى، كذا في «المغرب».

قوله: أَوْ بِالعَرْضِ، يعني: اشترى بألف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقل من الألف، فإنه جائز بالاتفاق، وإنما قيَّد بيعه من البائع بالعرض؛ لأن البائع الأول لو باعها بالدراهم ثم اشتراها بدنانير، وقيمة الدنانير أقل من الثمن الأول لا يجوز استحسانًا، خلافًا لزفر رحمه الله.

قوله: وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، إلى آخره، وهو: «إن امرأة دخلت على عائشة وقالت: إنِّي بعتُ من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريتُ منه بستمائة

بِئْسَمَا شَرَيْتَ وَاشْتَرَيْتَ، أَبْلِغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَبْطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِنْ لَمْ يَتُبْ؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ

درهم قبل محل الأجل، فقالت عائشة رضي الله عنها: بئسما شَرَيْتَ وبئسما اشْتَرَيْتَ، أَبْلِغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَبْطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْ لَمْ يَتُبْ، فأتاها زيد بن أرقم معتذرًا فتلت قوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٥]».

فهذا دليل على أن فساد هذا العقد كان معروفًا فيما بينهم، وأنَّها سمعت من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم ذلك؛ لأن أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي، وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد، فعرفنا أن ذلك كالمسموع من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، واعتذار زيد إليها دليل على ذلك؛ لأن في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضًا، وما كان يتعذر أحدهما إلى صاحبه فيها.

ولا يجوز أن يقال: إنما ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء.

لأنا نقول: إن مذهب عائشة رضي الله عنها جواز البيع إلى العطاء؛ ولأنَّها قد كرهت العقد الثاني بقولها: بئسما اشتريتَ، وليس فيه هذا المعنى، فعرفنا أنَّها كرهت لما قلنا، وإنما كرهت العقد الأول؛ لأنَّهما تطرقا به إلى الثاني، والمعنى فيه أنه استربح على ما ليس في ضمانه، ونَهى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن ربح ما لم يضمن، وبيان ذلك أن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض، فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه، وبقي له بعض الثمن، فهذا ربح حصل لا على ضمانه، ولا يوجد هذا المعنى فيما إذا اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر، فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه، ولا كذلك فيما إذا باعه من غيره؛ لأنه لا يحصل للمشتري هناك ربح لا على ضمانه.

وكذلك إذا اشتراه البائع الأول من المشتري الثاني؛ لأنه لم يعد إليه الملك المستفاد من جهته؛ لأن اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف الأعيان، وكذلك لو حصل في المبيع

فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ المَبِيعُ وَوَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمائَةٍ وَذَلِكَ بِلَا عِوَضٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالعَرْضِ لِأَنَّ الفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ المُجَانَسَةِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسِمائَةٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخْرَى مَعَهَا مِنَ البَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ

عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن الملك لم يعد إليه على الصفة التي خرج عن ملكه، فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن، ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري، سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك أو دونه، حتى إذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر في العقود؛ لأنه فتور في رغبات الناس فيه، وليس فيه فوات جزء من العين، كذا ذكره في «المبسوط» في باب العيوب.

قوله: بِئْسَمَا شَرَيْتَ، أي: بعتَ؛ لأن الشراء يستعمل في معنى البيع، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾ [يوسف: ٢٠]، أي: باعوه، ثم إنما قدمت العقد الثاني؛ لأن الفساد فيه مقصود وفي الأول باعتبار الوسيلة.

فإن قيل: لِمَ ذمَّت البيعين؟ والموصوف بالحرمة الثاني دون الأول.

قلنا: قد ذكرنا جوابه من «المبسوط» بقوله: لأنَّهما تطرقا به إلى الثاني.

فإن قيل: يحتمل أنَّها ذمت البيع الثاني باعتبار أنه بيع المبيع قبل القبض، والقبض لم يذكر في الحديث.

قلنا: لا يصح هذا؛ لأنَّها ذمت البيع الثاني لأجل الربا حتى تلَتْ عليه آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض الربا.

فإن قيل: فقد جاء الوعيد أيضًا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع، ومع ذلك أنه لو باعه فالبيع جائز لا فاسد.

قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقًا أيضًا، فلمَّا أمكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلًا في حق جواز البيع، وكره

الثَّمَنَ بِخَمْسِمِائَةٍ فَالبَيْعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنَ البَائِعِ وَيَبْطُلُ فِي الأُخْرَى) لِأَنَّهُ لا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْأُخْرَى بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَنَا، وَلَمْ يُوجَدْ هَذَا المَعْنَى فِي صَاحِبَتِهَا،

ذلك البيع لتسبيبه إلى التفريق، وأمَّا هاهنا لما كان الوعيد بشبهة الربا، فالربا مخصوص بالبيع كان هو أكثر اتصالًا بالبيع فأوجب الفساد؛ ولأن في هذا لمَّا كان شبهة الربا أوجب الفساد؛ لأن شبهة الربا ملحقة بحقيقته فأوجبت الفساد كحقيقته، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها.

قوله: لِأَنَّهُ لا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْأُخْرَى - أي: فيكون البائع الأول مشتريًا التي باعها - بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ، فكان حينئذٍ يرد حكم المسألة الأولى، وهيَ شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن وهو فاسد، فكذا هذا في حق الجارية التي اشتراها ثم باعها من البائع مع أخرى بمثل الثمن الأول وهو خمسمائة؛ لأنه لا بد من تقسيم الخمسمائة عليهما، فيصيب لكل واحدة منهما بعض الخمسمائة، فيكون البائع الأول مشتريًا التي باعها بأقل مما باعها قبل نقد الثمن لا محالة، فيفسد العقد في التي باعها ثم اشتراها لما قلنا.

فإن قلتَ: علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كانت إصابة الثمن لها في حصتها أقل من خمسمائة عند تقسيم الثمن عليهما، للزم شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن في حقها، كان ينبغي أن لا يفسد البيع في التي اشتراها المشتري بخمسمائة لو باعها وأخرى معها من البائع بألف وخمسمائة؛ لأن عند تقسيم الثمن يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة، فلا يكون فيه شراء ما باع بأقل ممَّا باع، ومع ذلك كان البيع فيها أيضًا فاسدًا، كذا أورده العلَمَان في الاتفاق في الكشف والبيان شمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله في «جامعيهما».

قلتُ: إنما فسد فيها؛ لأن جهات جواز العقد فيها كثير؛ لأنا لو جعلنا بإزاء ما باعها ألفًا جاز، وإن جعلنا بإزائها ألفًا وحبة جاز أيضًا، ثم هكذا وهكذا، وإذا تعدَّد جهة الجواز وليس البعض في الحمل عليها بأوْلَى من البعض فامتنع الجواز، بخلاف الأكرار وأمثالها حيث

وَلَا يَشِيعُ الفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لِكَوْنِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ؛

يتحرى الجواز فيها لتعيّن جهة الجواز، على ما يجيء في كتاب الصرف إن شاء الله تعالى.

قوله: وَلَا يَشِيعُ الفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا - أي: في المشتراة - لِكَوْنِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ؛ لما ذكرنا أن شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن جائز عنده، فلمَّا ضعف الفساد فيها لم يتعد الفساد إلى المضمومة إليها، كما لو باع عبدًا أو مدبرًا حيث يصح البيع في العبد؛ لضعف فساد البيع في المدبر ولم يتعد فساده إلى القنّ.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكرتَه وهو: أن عدم شيوع الفساد في الكل بسبب ضعف الفساد لكونه مجتهدًا، منقوض بمسألة ذكرها في «المبسوط» عند ذكر مسائل السلم، وهي أن الرجل إذا سلم قوهية في قوهية ومروية فإنه باطل في الكل على قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصح، كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت كان باطلًا في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز في حصة الزيت، ثم إن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه وليس بمجمع عليه؛ لأنه لو أسلم ثوبًا هرويًّا في ثوب هرويٍّ يجوز عند الشافعي رحمه الله، وكذلك يجوز عند إسلام القوهي في القوهي، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرون به، وهو إسلام القوهي في المروي مع كونه مجتهدًا فيه، عُلِم أن التعليل في هذه المسألة في عدم الشيوع في الكل بأن الفساد في المشتراة ضعيف لكونه مجتهدًا فيه ليس بمستقيم.

قلتُ: نعم كذلك، فإن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله استضعف ذلك التعليل في «المبسوط» في الباب الأول من كتاب البيوع، وقال بعد ذكر إسلام القوهية في القوهية والمروية: وبهذا تبيَّن أن الطريق ما قلنا في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة إسلام الحنطة في الشعير والزيت، بأن العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل، أمَّا في حصة الشعير فظاهر، وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطًا في قبول العقد في الزيت؛ لأن من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فإنه يكون شارطًا عليه قبول العقد في كل واحد منهما، ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز، وهذا شرط فاسد، والسَّلم بالشرط الفاسد يفسد، بخلاف بيع القنِّ والمدبر؛ لأن العقد في المدبر ليس بفاسد،

أَوْ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا؛ أَوْ لِأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ،

ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز.

ثم ذكر مسألة إسلام القوهية في القوهية والمروية فقال: وبهذا تبيَّن أن الطريق ما قلنا دون ما قاله بعض مشايخنا.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن الفساد إذا كان قويًّا مجمعًا عليه تمكن في البعض تعدى إلى ما بقي، فإن فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه، وقد سوَّى بين الفصلين، أي: فصل إسلام الحنطة وفصل إسلام القوهية على ما ذكرنا.

ثمَّ العجب من الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله استضعف هذه النكتة في «المبسوط» في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله، ثم هو رحمه الله علَّل بذلك التعليل أيضًا في «الجامع الصغير» في هذه المسألة، وهي التي نحن فيها فقال: وفساد العقد في المبيعة بهذا السبب ضعيف؛ لكون سببه مخفيًّا مجتهدًا فيه فلا يتعدى عن محله إلى غيره، والله أعلم.

ولكن هو - أي: السرخسي - رضي الله عنه أعلى حالًا وأجل قدرًا من أن يقال في حقه التناقض والفساد في قوله، ولكن للمجتهدين اختيارات فيختارون في كل موضع ما يليق به.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ - أي: لأن الفساد في المشتراة - بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمَّت إلى المشتراة لكنَّا اعتبرنا شبهة الشبهة، وذلك لا يجوز، وبيان قولنا: أن في المشتراة شبهة الربا، ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله وهو: أن في المسألة الأولى إنما لا يصح شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا؛ وذلك لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط؛ لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبًا فيرد فيسقط الثمن عن المشتري، وبالبيع الثانِي يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثانِي مشتريًا ألفًا بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطًا، ولما أن للتأكيد شبهًا بالإيجاب كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ طَارِئٌ، أي: لأن الفساد طارئ فلا يتعدى إلى الآخر.

أَوِ المُقَاصَّةِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى زَيْتًا عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ فَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطْلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُ بِوَزْنِ الظَّرْفِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الأَوَّلَ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَالثَّانِي يَقْتَضِيهِ.

وبيان ذلك ما ذكره في «الفوائد الظهيريَّة»: وهو أن ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة، ولكن بعد ذلك أن الثمن ينقسم على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع فحينئذٍ يفسد البيع فيما باع، وهذا فساد طارئ فلا يتعدى إلى الآخر، لكن هذا ينتقض بما إذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة، فالمفسد مقارن للعقد؛ لما أن قبول كل واحدٍ منهما شرط لصحة العقد في الآخر، ومع هذا يجوز البيع في القن، غير أن الشيخ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قال في مسألة العبد والمدبر: البيع في المدبر غير فاسد، ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز، ولكنه غير نافذ لحق المدبر، وذلك معنى فيه لا في العقد، فلهذا لا يتعدى إلى الآخر.

قوله: أَوِ المُقَاصَّةِ، أي: لطروِّ الفساد في المشتراة وجهان:

أحدهما: أنه إنما يظهر بانقسام الثمن وقد ذكرناه.

والثاني: بالمقاصة، وبيان ذلك ما ذكره أبو المعين رحمه الله في «الجامع الصغير» فقال: إن فساد شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن إنما يكون طارئًا؛ لأن المقاصة تقع بين الثمن الثاني والثمن الأول، فيبقى من الثمن الأول فضل من غير أن يقابله عوض؛ وذلك لأن بائع الجارية أولًا لمَّا باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فيقاص الخمسمائة بخمسمائة مثلها، فبقي للبائع فضل خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني، فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئًا.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ الأَوَّلَ - وهو أن يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلًا شرط - لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ؛ لأن مقتضى العقد أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسى أن يكون وزنه

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زِقٍّ فَرَدَّ الظَّرْفَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَقَالَ البَائِعُ الزِّقُّ غَيْرُ هَذَا وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي) لِأَنَّهُ إِنْ أُعْتُبِرَ اخْتِلَافًا فِي تَعْيِينِ الزِّقِّ المَقْبُوضِ فَالقَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا، وَإِنْ أُعْتُبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمْنِ فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ.

أقل من ذلك أو أكثر، فإذا شرط أن يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلًا فقد شرط شرطًا يخالف مقتضى العقد فيفسد العقد، بخلاف الشرط الثاني، وهو أن يطرح عنه بوزن الظرف فإنه شرط يقتضيه العقد فيجوز.

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ - كالغاصب - أَوْ أَمِينًا، كالمودع.

قوله: وَإِنْ أُعْتُبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمْنِ فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ المُشْتَرِي؛ - أي: مع اليمين - لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ، فإن قلتَ: هاهنا شبهتان:

إحداهما: هيَ أنه جعل في مثل هذه الصورة القول قول البائع، وهيَ أنه إذا باع عبدين وقبضهما وماتَ أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر يرده بالعيب فاختلفا في قيمة الميت كان القول هناك قول البائع، والمسألة تجيء في باب التحالف إن شاء الله تعالى.

والثانية: هيَ أنه جعل هذا الاختلاف في الحقيقة اختلافًا في الثمن، والاختلاف في الثمن يوجب التحالف لا الحلف فكيف أوجب هاهنا؟

قلتُ: أمَّا الأولى: فهي طرد لا نقض؛ لأنا جعلنا هاهنا القول قول المشتري لإنكاره الزيادة، وهناك أيضًا القول قول البائع لإنكاره زيادة ما يدعيه المشتري، وذلك لأنَّهما لمَّا اتفقا في وجوب الثمن، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره، فالقول قول للمنكر.

وأمَّا الثانية: فإن التحالف ورد على خلاف القياس فيما إذا كان الاختلاف في الثمن

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ المُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا لَا يَجُوزُ: عَلَى المُسْلِمِ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الخِنْزِيرُ، وَعَلَى هَذَا تَوْكِيلُ المُحْرِمِ غَيْرَهُ بِبَيْعِ صَيْدِهِ. لَهُمَا أَنَّ المُوَكِّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُوَلِّيهِ غَيْرَهُ؛ وَلِأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى المُوَكِّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوِلَايَتِهِ، وَانْتِقَالُ المِلْكِ إِلَى الآمِرِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسْلَامِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُمَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَمْرًا

قصدًا، وهاهنا وقع الاختلاف في الثمن ضمنًا للاختلاف في الرقِّ فلا يكون في معناه فلا يلحق به، والفقه فيه هو أن الاختلاف في الثمن ابتداءً إنما أوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يكون مدعيًا عقدًا آخر، وأمَّا الاختلاف في الثمن بناء على اختلافهما في الرقِّ لا يوجب الاختلاف في البيع، فلا يوجب التحالف لذلك.

قوله: وَإِذَا أَمَرَ المُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، ويؤمر بالتصدق بالثمن، ويكره هذا التوكيل أشد الكراهة، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، أمَّا لو وكل المسلم ذميًّا بهبة الخمر وتسلمها لا يجوز؛ لأن أحكام العقد ترجع إلى الموكِّل فصار كالرسول، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لَهُمَا أَنَّ المُوَكِّلَ لَا يَلِيهِ فَغَيْرُهُ لَا يُوَلِّيهِ؛ كالمسلم يوكل مجوسيًّا بأن يزوجه مجوسيةً حيث لا يصح بالاتفاق.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ، إلى آخره، وحاصله أن الواجب في هذا الباب اعتبار أهلية الوكيل لتصرف المأمور به، واعتبار أهلية الموكل لحكم ذلك التصرف، وهاهنا كذلك فيجب أن يصح؛ لأن الملك يثبت للموكل إرثًا واستيلاءً فكذلك توكيلًا، فصورة الإرث بأن أسلم النصراني وله خنازير وخمور، وماتَ قبل تسبيب الخنازير وتخليل الخمور، وله وارث مسلم يملكها.

يُخَلِّلُهَا وَإِنْ كَانَ خِنْزِيرًا يُسَيِّبُهُ.

فإن قيل: الوراثة ليست نظيرة مسألتنا؛ لأن الوراثة أمر جبري والتوكيل أمر اختياري، والأمر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري؟

قلنا: ثبوت الملك للموكل بعد تحقيق الوكالة أمر جبري أيضًا؛ حيث يثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت، وبالاتفاق أن المأذون له إذا كان نصرانيًّا اشترى خمرًا ومولاه مسلم يثبت الملك له فيها فيجب أن يكون هنا كذلك.

فإن قيل: فيثبت بين الوكيل والموكِّل أحكام المبايعة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع، والموكل بمنزلة المشتري، ألا ترى أن التحالف يجري بينهما عند التجاحد، ويثبت احتباس المبيع بالثمن، فيثبت الرد بالعيب، هذه أحكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة، فينبغي أن تمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الأحكام؛ لأن المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع أيضًا عمَّا هو شبه الشراء بمباشرة حكمه، ألا ترى أنه يمنع عن قبض الخمر حكمًا للشراء الموجود منه حال كفره.

قلنا: هذه الأحكام تثبت مضافة إلى الشراء لا إلى الوكالة، والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكمًا للوكالة، بخلاف القبض؛ لأنه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع باختياره، فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشراء باختياره وهو القبض.

وأمَّا قولهما: أن الموكِّل لا يليه فغيره لا يوليه، فمنقوض بمسائل:

منها: أن رجلًا لو توكَّل عن غيره بشراء عبد بعينه ثم وكَّل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك العبد جاز، وثبت الملك للوكيل الأول، وإن كان هو بنفسه لا يملك الشراء لنفسه، ذكره في وكالة «المبسوط».

ومنها: أن القاضي إذا أمر ذميًّا ببيع خمر أو خنزير خلَّفه ذمي آخر يصح، والقاضي لا يملك التصرف بنفسه ويملك التفويض إلى غيره.

ومنها: أن الذمي إذا أوصى إلى مسلم وقد ترك خمرًا أو خنزيرًا، فإن الوصي يوكِّل

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ وَشَرْطٌ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ، ثُمَّ جُمْلَةُ الْمَذْهَبِ فِيهِ أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ كَشَرْطِ

ذميًا ببيعه وقسمته وإن كان لا يملك هو بنفسه، هذا كله من «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها.

قوله: ثُمَّ جُمْلَةُ الْمَذْهَبِ فِيهِ أَنْ يُقَالَ، إلى آخره، أي: الجملة الكلية لمذهبنا، والأصل الشامل لفروع أصحابنا أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ، إلى آخره، وحاصله ما ذكره في «المبسوط» فقال: ثم الشرط في البيع على أوجه:

إمَّا أن شرط شرطًا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في البيع، أو شرط تسليم الثمن، أو تسليم المبيع، فالبيع جائز؛ لأن هذا بمطلق العقد ثبت فالشرطُ لا يزيده إلا وكادةً، وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد ولكن فيه عرف ظاهر فكذلك جائز أيضًا، كما لو اشترى نعلًا وشراكًا بشرط أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجًا بيِّنًا، وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه، فيتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا أفسد به البيع.

وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بيَّنا أنه إذا اشترى عبدًا على أنه لا يبيعه، فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدي، وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حرٌّ كان البيع باطلًا، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين، وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح، نحو ما إذا اشترى دابَّة بشرط أن لا يبيع؛ لأنه لا مطالب له بهذا الشرط، وأنه لا منفعة فيه لأحد فكان لغوًا، والبيع صحيح إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال: يبطل به البيع، نصَّ عليه في آخر المزارعة؛ لأن في هذا الشرط ضررًا على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين.

المِلْكِ لِلْمُشْتَرِي لا يُفْسِدُ العَقْدَ لِثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَكُلُّ شَرْطٍ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الاِسْتِحْقَاقِ يُفْسِدُهُ كَشَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَ المُشْتَرِي العَبْدَ المَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ العِوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أَوْ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ المُنَازَعَةُ فَيَعْرَى العَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

ولكنا نقول: لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة، والمطالبة يتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر، وقوله: **كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ العَقْدُ**، ومعناه: أن يجب بالعقد من غير شرط.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ العِوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا؛ لأنَّهما لمَّا قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض، وما شرط فيه من المنفعة لأحدهما مال حتى جاز أخذ العوض عليه؛ لأن ذلك مثل أن يقول: بعتُ هذا منك بشرط أن تقرضني عشرة دراهم في وقت كذا، وبعتُ هذه الدار بشرط أن أسكن فيها شهرًا ونحوهما، والربا مال مُلِك بالبيع من غير عوض.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ المُنَازَعَةُ فَيَعْرَى العَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ؛ لأن المقصود من شرع الأسباب في المعاملات قطع التنازع؛ وذلك لأن الذي يُشترى شيء يرغب فيه كل طالب، فلو أراد راغب أخذه لاحتياجه إليه والآخر أيضًا محتاج إليه فيريد أخذه لاحتياجه إليه، وكذلك الآخر فالآخر، فلو لم يشرع الشارع سببًا يختص به من يباشر ذلك السبب أدّي إلى منازعة تفضي إلى التقابل والتفاني، وذلك ليس بحكمة، والشارع موصوف بالحكمة الكاملة فشرع أسبابًا تنقطع بها المنازعة؛ لأنه لمَّا علم كل أحد أن كل من فاز بالسبب فاز بالاختصاص لمسببه، وهو الشيء المرغوب فيه، وظن نفسه بالإياس عن ذلك الشيء إذا لم يوجد منه المباشرة لذلك السبب الذي يؤدي إلى اختصاص مسببه فلا ينازعه فيه، وإذا ثبتَ أن شرعية العقد لقطع المنازعة، ثم لو شرطَ فيه شرطًا ربما لا يساعد المشتري البائع في الجري على موجب الشرط، والبائع يطالبه به فيؤدي إلى المنازعة، فلم يفد حينئذٍ شرعية العقد ما هو المراد منها وهو قطع المنازعة.

مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ العُرْفَ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ، وَلَوْ كَانَ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَلا مَنْفَعَةَ فِيهِ لِأَحَدٍ لا يُفْسِدُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ المَذْهَبِ كَشَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَ المُشْتَرِي الدَّابَّةَ المَبِيعَةَ لِأَنَّهُ انْعَدَمَتِ المُطَالَبَةُ فَلا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَلا إِلَى المُنَازَعَةِ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ لا يَقْتَضِيهَا العَقْدُ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخْيِيرُ لا الإِلْزَامُ حَتْمًا، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي العِتْقِ وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً،

فإن قيل: لمَّا شرط المشتري والبائع شرطًا في العقد فالظاهر أنه يجري على موجبه، فلا يؤدي الشرط حينئذٍ إلى المنازعة.

قلنا: يفسد العقد بالشرط بظاهر ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «نهى عن بيع وشرط»، فبعد ذلك لا يجري الشارط على ما شرطه؛ لأن الشرط إنما يراعى في البيع الصحيح لا في البيع الفاسد، فعلى أي وجه كان الشرط الذي لا يقتضيه العقد يفسد العقد.

وقوله: وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ المَذْهَبِ، احتراز عما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله، على ما ذكرنا من رواية «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ انْعَدَمَتِ المُطَالَبَةُ، أي: من جهة الدار.

قوله: وَالتَّخْيِيرُ، أي: قضية العقد أن يكون المشتري مخيرًا في جميع التصرفات في المشترى، لا أن يكون ملتزمًا على التصرف الواحد، كالإعتاق، أو التدبير، أو أن لا يبيع العبد، والشرط يقتضي الإلزام على واحد من تلك التصرفات لاشتراطه ذلك، فكان الشرط مخالفًا لموجب العقد.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي العِتْقِ، أي: في قول؛ لأن له فيما إذا اشترى عبدًا بشرط أن يعتق قولين، كذا في «الأسرار».

قوله: وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً، أي: ويقيس الشافعي رحمه الله شراء العبد بشرط

فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَتَفْسِيرُ المَبِيعِ نَسَمَةً أَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتِقُهُ لا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَلَوْ أَعْتَقَهُ المُشْتَرِي بَعْدَمَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ العِتْقِ صَحَّ البَيْعُ حَتَّى يَجِبَ

الإعتاق على بيع العبد نسمة، لكن هذا اللفظ وهو قوله: وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً، غيره مستقم فيما ذكره في «المبسوط» من تفسير الشافعي رحمه الله بيعَ العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رحمه الله: ولأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس؛ لأن بيع العبد نسمةً متعارف في الوصايا وغيرها، ثم قال: وتفسيره البيع بشرط العتق، فكان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير هو عين البيع بشرط العتق، فلا يصح قوله: وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً؛ لأنه يلزم حينئذٍ قياس الشيء على نفسه، وذلك لا يصح.

والشافعي رحمه الله في هذا تمسك بحديث بريرة: «فإنَّها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قالت: إن شئت عددتها لأهلك وأعتقتك، فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها»، وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم.

قلنا: تأويل ذلك ما ذكرنا من تفسير بيع العبد نسمة، فإن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقًا، ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك، فإن بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها، كذا في «المبسوط».

النسمة: النفس من نسيم الريح، ثم سُمِّيت بها النفس ومنها: أعتق النسمة.

ثم انتصاب قوله: نَسَمَةً، في قوله: عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً، على الحال، على معنى: معرّضًا للعتق، وإنما صح هذا؛ لأنه لمَّا كثر ذكرها في باب العتق خصوصًا في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فُكَّ الرقبة وأعتق النسمة»، صارت كأنَّها اسم لما هو بعرض العتق، فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال، كذا في «المغرب».

قوله: فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي: من الحديث والمعقول، فالحديث قوله: «نَهى النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع وشرط»، والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط، وكونه مخالفًا لمقتضى العقد.

عَلَيْهِ الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَبْقَى فَاسِدًا حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْقِيمَةُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا تَلِفَ بِوَجْهٍ آخَرَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ يُلَائِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مُنْهٍ لِلْمِلْكِ وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الْعِتْقُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ، فَإِذَا تَلِفَ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ لَمْ تَتَحَقَّقِ الْمُلَاءَمَةُ

قوله: كَمَا إِذَا تَلِفَ - أي: كما إذا تلف الملك - بِوَجْهٍ آخَرَ، من الموت والقتل والبيع؛ ولأنهما يقيسان على التدبير والاستيلاد، فإن هناك هي مضمونة بالقيمة سواء وفَّى بالشرط أو لم يف، فكذلك هاهنا اعتبارًا لحقيقة الحرية بحق الحرية، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ، إلى قوله: وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ يُلَائِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مُنْهٍ لِلْمِلْكِ، فإن قلتَ: فلمَّا انقلب العقد إلى الجواز عند الوفاء بالشرط كان ينبغي أن يقع هذا الشرط جائزًا في ابتداء العقد أيضًا؛ لما أن تحقيق الشرط الفاسد يوجب تحقيق الفساد، وتحقيق الشرط الجائز يوجب تحقيق الجواز، والعقد الواقع فاسدًا بالشرط إنما ينقلب إلى الجواز إذا رفع ذلك الشرط بالمخالفة، لا ما إذا وفَّى، كما في البيع إلى النيروز والمهرجان، وهاهنا انعكس الحكم حيث انقلب إلى الجواز عند الوفاء بالشرط، فكان ينبغي على هذا أن يقع من الابتداء جائزًا، وليس كذلك بالإجماع، فما وجهه؟

قلتُ: هو أن هذا الشرط ذو وجهين: شرطٌ فاسد من حيث الذات والصورة؛ لعدم ملائمته العقد صورةً، وشرطٌ جائزٌ من حيث الحكم والمعنى؛ لملائمته العقد حكمًا على ما ذكرنا في الكتاب، فعملنا بصورته في ابتداء العقد وقلنا بالفساد، وعملنا بحكمه إذا وفَّي بالشرط وقلنا بالجواز عملًا بالوجهين.

أما الجواب عن الاستيلاد والتدبير فإن الملك لا ينتهي بهما، ومعنى الملائمة باعتبار إنهاء الملك به فلذلك تعيَّن جهة الفساد هناك وفَّى بالشرط أو لم يف.

فَيَتَقَرَّرُ الفَسَادُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتْقُ تَحَقَّقَتِ المُلاءَمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الجَوَازِ فَكَانَ الحَالُ قَبْلَ ذَلِكَ مَوْقُوفًا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ البَائِعُ شَهْرًا أَوْ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا أَوْ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ المُشْتَرِي دِرْهَمًا أَوْ عَلَى أَنْ يُهْدِيَ لَهُ هَدِيَّةً)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ؛ وَلِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الخِدْمَةُ وَالسُّكْنَى يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَكُونُ إِجَارَةً فِي بَيْعٍ، وَلَوْ كَانَ لا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إِعَارَةً فِي بَيْعٍ، «وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ».

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لا يُسَلِّمَهُ إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّ الأَجَلَ فِي المَبِيعِ العَيْنِ بَاطِلٌ فَيَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الأَجَلَ شُرِعَ تَرْفِيهًا فَيَلِيقُ بِالدُّيُونِ دُونَ الأَعْيَانِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا فَالبَيْعُ فَاسِدٌ) وَالأَصْلُ أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ

قوله: فَكَانَ الحَالُ قَبْلَ ذَلِكَ مَوْقُوفًا، أي: فكان حال العقد قبل الإعتاق موقوفًا بين أن يبقى فاسدًا كما كان، أو ينقلب إلى الجواز بالإعتاق.

قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ فِي المَبِيعِ العَيْنِ بَاطِلٌ، قيَّد بالعين احترازًا عن المسَلَّم فيه في السَّلم، فإن المسَلَّم فيه مبيع ولكن ليس بعين فصح الأجل؛ وذلك لأن الدين غير حاصل فكان الأجل للترفيه؛ لأن فائدة شرط الأجل في الديون هي اتساع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها، أمَّا العين فحاصل فلا حاجة إلى ذكر الأجل للترفيه.

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ؛ لأن عدم

بِالعَقْدِ لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، وَالحَمْلُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ خِلْقَةً وَبَيْعُ الأَصْلِ يَتَنَاوَلُهُمَا فَالِاسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَى

صحة إفراده بالعقد دليل على أنه تبع لا مقصود؛ لما أن التَّبع يدخل عند دخول المتبوع فلا حاجة إلى إيراد العقد على التبع، واستثناء مثل هذا لا يصح؛ لأن الاستثناء يعلم أن المستثنى مقصود، وموجب العقد أن يكون الحمل تابعًا كأطراف الحيوان، فكان الاستثناء مخالفًا لموجب العقد في استثناء الحمل، فلذلك لا يصح استثناء الحمل في العقد.

وحاصل هذه المسألة ما ذكره في «شرح الطحاوي» فقال: الاستثناء لما في البطن في العقود على ثلاث مراتب: (١) في وجهٍ العقد فاسد والاستثناء فاسد، (٢) وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد، (٣) وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز.

(١) أمَّا الوجه الذي العقد فيه فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن؛ لأن هذه العقود يبطلها الشروط الفاسدة، واستثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد.

(٢) وأمَّا الوجه الذي يجوز العقد فيه ويبطل الاستثناء فهو الهبة، والصدقة، والنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد؛ لأن هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فيصح ويبطل الاستثناء، ودخل في العقد الأم والولد جميعًا، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صحَّ العتق ولم يصح الاستثناء.

(٣) وأمَّا الوجه الذي يجوز فيه كلاهما فهو الوصية، إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى ما في بطنها فإنه يصح؛ لأن الوصية أخت الميراث، فقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراث، والميراث يجري فيما في البطن، وليس هذا كما لو أوصى بجاريته لرجل واستثنى خدمتها وغلتها للورثة، فالوصية صحيحة والاستثناء باطل؛ لأن الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث بدون الأصل، ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية له فإنها تعود إلى ورثة الموصي، ولا يكون الغلة والخدمة موروثة عند الموصى له.

وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان والمسألة بحالها، فإن الولد يكون موروثًا

خِلَافِ المُوجِبِ فَلَا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالبَيْعُ يَبْطُلُ بِهِ وَالكِتَابَةُ وَالإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهَا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، غَيْرَ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الكِتَابَةِ مَا يَتَمَكَّنُ فِي صُلْبِ العَقْدِ مِنْهَا، وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ لا تَبْطُلُ بِاسْتِثْنَاءِ الحَمْلِ، بَلْ يَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ العُقُودَ لا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ لا تَبْطُلُ بِهِ، لكِنْ يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ حَتَّى يَكُونَ الحَمْلُ مِيرَاثًا وَالجَارِيَةُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ وَالمِيرَاثَ يَجْرِي فِيمَا

عن الموصى له، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها، بأن كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته، فالكتابة فاسدة؛ لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد، وأمَّا لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج؛ لأن هذا الشرط يخالف متقضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد، فبطل الشرط وصحَّ العقد؛ لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد؛ وذلك لأن الكتابة تشبه البيع انتهاءً، وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد، وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلب العقد، إلى آخره على ما يجيء في مكاتب هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

قوله: وَكَذَا الوَصِيَّةُ لا تَبْطُلُ بِهِ، أي: باستثناء الحمل، بأن قال: أوصيتُ بِهذه الجارية لفلان إلا حملها، حيث تصح الوصية والاستثناء، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها، حيث لا يصح الاستثناء بل يبطل وتصح الوصية بأن قال: أوصيتُ بِهذه الجارية لفلان إلا خدمتها يستحق الموصى له الجارية مع خدمتها.

فإن قيل: هذا يشكل على الأصل الذي ذكره أولًا وهو قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ، فيلزم من هذا أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه، والخدمة في الوصية ممَّا يصح إفراده بالعقد، بان قال: أوصيتُ بخدمة هذه الجارية لفلان فإنه يصح، وجبَ أن يصح استثناؤه إجراءً لذلك الأصل؟

قلنا: يمنع أولًا لزوم ذلك العكس، ألا ترى أنه ذكر في الإجارات بقوله: وَمَا جَازَ أَنْ

فِي الْبَطْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَثْنَى خِدْمَتَهَا؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لا يَجْرِي فِيهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ الْبَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا أَوْ قَبَاءً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ؛ وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ صَفْقَةً فِي صَفْقَةٍ عَلَى مَا مَرَّ (وَمَنِ اشْتَرَى نَعْلًا عَلَى أَنْ يَحْذُوَهَا الْبَائِعُ أَوْ يُشَرِّكَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)

يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً، ولم يلزم من هذا أن كل ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح أجرةً، بل يصلح أجرة وإن لم يصح ثمنًا كالأعيان التي لا تجب في الذمة، فإنها لا تصلح أثمانًا وتصلح أجرة، ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه:

أحدها: أن الاستثناء تصرف في اللفظ، فيصح الاستثناء فيما دخل فيه المستثنى منه، ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصلح استثناؤها.

والثانِي: أن الوصية ليست بعقدٍ، ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكره من لفظ العقد مطلقاً، وكذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول، بأن ماتَ الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدًا.

والثالث: أنا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن يرد الخدمة إلى ورثة الموصي، والإرث لا يجري في الخدمة؛ لأن الإرث يجري في الأعيان دون المنافع، فلذلك قلنا بأن الاستثناء لا يصح.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله: لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْخِدْمَةُ وَالسُّكْنَى يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، إلى آخره.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى نَعْلًا عَلَى أَنْ يَحْذُوَهَا، أراد بالنعل الصرم، وهذا إطلاق اسم على الشيء باسم ما يؤول إليه، حذا النعل بالمثال قطعها به، وحذا لي نعلًا عَمِلها.

شرك النعل: من التشريك أن وضع عليها الشراك، وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل القلة، كذا في «المغرب».

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَا ذَكَرَهُ جَوَابُ القِيَاسِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَجُوزُ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ فَصَارَ كَصَبْغِ الثَّوْبِ، وَلِلتَّعَامُلِ جَوَّزْنَا الِاسْتِصْنَاعَ.
قَالَ: (وَالبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ وَالمِهْرَجَانِ وَصَوْمِ النَّصَارَى وَفِطْرِ اليَهُودِ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ

قوله: وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، إلى آخره.

قوله: وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَجُوزُ لِلتَّعَامُلِ، ومن أنواعه أيضًا ما ذكره في «شرح الطحاوي»: وهو أن يشتري صرمًا على أن يُخرز البائع له خُفًّا، أو قلنسوة بشرط أن يُبطِّن له البائع من عنده فالبيع بهذا الشرط جائز؛ لأن للناس فيه تعاملًا.

قوله: فَصَارَ كَصَبْغِ الثَّوْبِ، أي: يترك القياس للتعامل كما في استئجار الصَّباغ لصبغ الثوب، فإن القياس لا يجوِّز هذا الاستئجار؛ لأن الإجارة هي بيع المنافع لا بيع العين، وفي صبغ الصَّباغ يلزم بيع العين وهو الصبغ لا المنفعة المجرَّدة، فينبغي أن لا يجوز كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها، لكن جواز استئجار الصَّباغ مع ذلك للتعامل وترك القياس فيه؛ لأن للتعامل تأثيرًا في ترك القياس كما ترك القياس في الاستصناع أيضًا وهو بيع المعدوم فينبغي أن لا يجوز؛ لما أن بيع الموجود وهو غير مقدور التسليم لا يجوز، فأَوْلَى أن لا يجوز مع المعدوم ولكن جوَّز ذلك للتعامل، وصورة الاستصناع سيجيء في باب السَّلم إن شاء الله تعالى.

ومن صورة الاستئجار التي ترك فيها القياس للتعامل: دخول الحمام؛ إذ فيه استهلاك الماء وهو عين، واستئجار الظئر، ومنه استهلاك اللبن وهو عين.

النَّيْرُوزِ: أصله النوروز، وهما معربان فقد تكلم به عُمر رضي الله عنه فقال: «كل يوم لنا نوروز» حين كان الكفار يبتهجون باليوم الذي يسمونه النوروز، وهو يوم في طرف الربيع، وَالمِهْرَجَان: يوم في طرف الخريف، تعريب (مهرگان: آن وقت كه برگ ريزد در تير ماه).

ثم معنى قوله: وَالبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ، أي: تأجيل الثمن على المشتري إلى النيروز، وهو

الْمُتَبَايِعَانِ ذَلِكَ فَاسِدٌ لِجَهَالَةِ الأَجَلِ) وَهِيَ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الْبَيْعِ لِابْتِنَائِهَا عَلَى الْمُمَاكَسَةِ إِلَّا إِذَا كَانَا يَعْرِفَانِهِ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا، أَوْ كَانَ التَّأْجِيلُ

يوم غير معلوم فلذلك فسد البيع، والدليل على هذا تعليله في الفساد بقوله: لِجَهَالَةِ الأَجَلِ، وارتفاع الفساد عند معلومه بقوله: إِلَّا إِذَا كَانَا يَعْرِفَانِهِ، أي: حينئذٍ يجوز تأجيل الثمن إلى هذه الأوقات؛ لأنه لو كان المراد منه تأجيل المبيع إلى هذه الأوقات، أي: لا يسلمه إلى هذه الأوقات، لا يصح التعليل بالجهالة؛ لأن تأجيل المبيع إلى الوقت المعلوم مفسد للبيع بدليل قوله: وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لا يُسَلِّمَهُ إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وقد ذكره مرة فلا نذكره ثانيًا، مع أنه لا يساعده لتعليله بالجهالة.

وكذلك لا يجوز أن يراد منه توقيت البيع إلى هذه الأوقات، فإن ذلك باطل سواءٌ كان ذلك الأجل معلومًا أو مجهولًا؛ لأن نفس التوقيت مفسدٌ للبيع؛ لكونه على خلاف موجبه الذي هو التأبيد، فتعين ما قلنا: أن المراد منه تأجيل الثمن إلى هذه الأوقات المجهولة، فعند عرفان تلك الأوقات يرتفع الفساد؛ لأن الثمن قابل للتأجيل؛ ولأنه صرح بذكر الثمن وتأجيله في آخر هذه المسألة في الكتاب فقال: بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لا يَحْتَمِلُهَا فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَّلَ الثَّمَنَ.

وكذا صرَّح الإمام الأجل أبو الفضل رحمه الله في «الإيضاح» بالثمن، فقال: وإن كان الثمن دينًا فالأجل المعلوم فيه جائز، والأجل المجهول لا يجوز، ثم قال: والأجل المجهول هو أن يبيع إلى الحصاد والدِّياس، وذلك مما يتقدم ويتأخر، وكذلك التأجيل إلى قدوم الحاج، أو إلى القِطافِ، أو إلى النيروز والمهرجان إذا كانا لا يعرفان.

ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا وهو أن البيع إلى النيروز، وكذا إلى غيره من الآجال المجهولة لا يصح في الثمن الذي هو الدراهم والدنانير، وأمَّا إذا كانت الآجال معلومة فيجوز، وأمَّا إذا كان الثمن عينًا فضرب فيه الأجل فسد البيع، سواءٌ كان الأجل معلومًا أو مجهولًا؛ لأن الأجل في العين باطل، وكذا إذا ضرب الأجل في تسليم المبيع فهو باطل،

إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ مَعْلُومَةٌ بِالأَيَّامِ فَلَا جَهَالَةَ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ البَيْعُ إِلَى قُدُومِ الحَاجِّ)، وَكَذَلِكَ إِلَى الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالقِطَافِ وَالجِزَازِ؛ لِأَنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلَوْ كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الأَوْقَاتِ جَازَ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ

كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: لِابْتِنَائِهَا عَلَى المُمَاكَسَةِ، أي: لابتناء المنازعة على المماكسة، والمماكسة موجودة في البيع عادةً، فكانت المنازعة موجودة لوجود موجبها.

وذكر في «المغرب»: المكس في البيع استنقاص الثمن من باب ضربَ، والمماكسة والممكاس في معناه.

قوله: لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ بِالأَيَّامِ مَعْلُومَةٌ، وهي خمسون يومًا، ذكره التمرتاشي.

قوله: وَكَذَلِكَ إِلَى الحَصَادِ، بفتح الحاء وكسرها، أي: إلى وقت الحصاد، وكذلك في غيره وهو قطع الزروع، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وفي «التيسير»: قرأ ابن كثير، ونافع، وحمزة، والكسائي بكسر الحاء، والباقون بفتحها، ثم قال: وهما لغتان كما في الحداد والقطاف.

وفي «المغرب»: حصد الزرع جزّه حصدًا وحصادًا من بابي طلب وضرب.

وَالدِّيَاس: أصله الدِّواس فصار ياءً لانكسار ما قبلها كالقيام من الدَّوْس، وهو شدَّة وطء الشيء بالقدم، فإن الدِّياس والدِّياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدَّواب.

وَالقِطَاف: قطع العنب من الكرم، والفتح فيه لغة.

الجِزَاز: من جزِّ الصوف والنخل إذا صرمه، فهو كالجداد إلا أن الجداد خاص في النخل، والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشعر.

فقوله: لِأَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالَةِ، فإن قيل: كون الجهالة اليسيرة

مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالَةِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - فِيهَا وَلِأَنَّهُ مَعْلُومُ الأَصْلِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الجَهَالَةَ فِي أَصْلِ الدَّيْنِ بِأَنْ تُكْفَلُ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ فَفِي الوَصْفِ أَوْلَى، بِخِلَافِ البَيْعِ فَإِنَّهُ لا يَحْتَمِلُهَا

متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحملًا، ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة اليسيرة حيث يتحمل جهالة الوصف، ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال.

وفي هذا إشكال ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ثم أجاب عنه فقال: جواب هذا الفصل غير محفوظ في الكتب، وبين مشايخنا فيه اختلاف، والأصح أنه تثبت هذه الآجال في الصداق؛ لأنه لا شكَّ أن اشتراط هذه الآجال لا يؤثر في أصل النكاح، بخلاف البيع، فبقي هذا أجلًا في الدين المستحق بالعقد، ومن يقول: لا يثبت، يقول: ما هو المعقود عليه في النكاح وهو المرأة لا يحتمل الجهالة، فكذلك الأجل في البدل وهو الصداق المشروط فيه، بخلاف الكفالة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ - أي: يمكن تداركها وإزالة جهالتها - **لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمْ فِيهَا**، أي: في هذه الجهالات هل هي مانعة لجواز البيع أم لا؟ فقالت عائشة رضي الله عنها بالجواز، فإنَّها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وكان ابن عباس رضى الله عنهما لا يجيز ذلك، ونحن أخذنا بقول ابن عباس، كذا في «المبسوط».

ثم قيل: الجهالة اليسيرة هي ما كان للاختلاف في التقدم والتأخر، فأما إذا اختلف في وجوده كهبوب الريح كانت فاحشةً.

قوله: وَلِأَنَّهُ مَعْلُومُ الأَصْلِ، أي: لأن الدَّين معلوم أصله.

قوله: بِأَنْ تُكْفَلُ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلَانٍ، أي: وجبَ.

قوله: فَإِنَّهُ لا يَحْتَمِلُهَا - أي: فإن البيع لا يحتمل الجهالة - **فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا**

فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَّلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الأَوْقَاتِ حَيْثُ جَازَ؛ لِأَنَّ هَذَا تَأْجِيلٌ فِي الدَّيْنِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِيهِ مُتَحَمَّلَةٌ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ، وَلا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الفَاسِدِ.

(وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الآجَالِ ثُمَّ تَرَاضَيَا بِإِسْقَاطِ الأَجَلِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِي الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَقَبْلَ قُدُومِ الحَاجِّ جَازَ البَيْعُ أَيْضًا، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ؛

فِي وَصْفِهِ، وهو الأجل.

فإن قلت: لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصف الثمن الجهالة؛ لما أن الوصف أضعف من الأصل؛ إذ الأصل يوجد بدون الوصف دون عكسه، فحينئذ جاز أن لا يبالي بجهالة الوصف دون الأصل، فكانت جهالة الأصل أكثر تأثيرًا في إفساد البيع من جهالة الوصف، ألا ترى أن القبح المقترن بأصل المنهي عنه أكثر تأثيرًا من القبح المقترن بوصف المنهي عنه في النهي؛ وذلك لأن المراد من الوصف هاهنا الأجل، فيجوز أن لا يكون الثمن أجلًا أصلًا، ولا يجوز أن يقال: أن لا يوجد في البيع ثمن أصلًا فكيف استدل بعدم تحمل الأصل على عدم تحمل الوصف؟

قلتُ: الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم، وما نشاء عدم تحمل أصل الثمن للجهالة إلا لأداء تلك الجهالة إلى المنازعة، وذلك موجود في جهالة الوصف فيترتب عليه ذلك الحكم الذي ترتب على الأصل.

قوله: وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِيهِ - أي: في الدَّين - مُتَحَمَّلَةٌ، وقوله أيضًا في **قوله:** جَازَ البَيْعُ أَيْضًا، متصل بالمتصل الذي قبله وهو **قوله:** إِلَى هَذِهِ الأَوْقَاتِ حَيْثُ جَازَ.

قوله: وَلَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الآجَالِ ثُمَّ تَرَاضَيَا، إلى آخره، إنما قيَّد **بقوله:** إِلَى هَذِهِ الآجَالِ، وهي النيروز، والمهرجان، وصوم النصارى، وغيرها احترازًا عن البيع إلى هبوب الريح، أو إمطار السَّماء، ثم تراضيا على إسقاط تلك الأجال فإن هناك لا ينقلب العقد إلى الجواز؛ لأن

لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا، وَصَارَ كَإِسْقَاطِ الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ) وَلَنَا أَنَّ الفَسَادَ لِلْمُنَازَعَةِ وَقَدِ ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِي شَرْطٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ العَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ ثُمَّ أَسْقَطَا الدِّرْهَمَ الزَّائِدَ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ مُتْعَةٌ وَهُوَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ ثُمَّ تَرَاضَيَا خَرَجَ وِفَاقًا؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ

هذا غرر بخلاف الأول؛ لأنه جهالة المدة، هكذا صرَّح به الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وأشار إليه في «المبسوط» أيضًا فقال: وهذا بخلاف البيع إلى هبوب الريح، وإمطار السماء؛ لأن ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظرًا لوجود وهبوب الريح، وإمطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل، بل هو شرط فاسد، ولأجله فسد العقد.

قوله: وَصَارَ كَإِسْقَاطِ الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ، أي على أصلكم، وأمَّا على قول زفر رحمه الله: فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل؛ لما مرَّ في النكاح، وإنا نقول: المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصًّا في خاتم، أو جذعًا في سقف، ثم نزعه وسلمه إلى المشتري كان البيع صحيحًا، فكذا هذا.

فإن قلتَ: يشكل هذا بالنكاح بغير شهود؛ فإنه لا ينقلب صحيحًا بالإشهاد بعد النكاح، وكذا إذا باع بألف ورطل من خمر ثم أسقط الخمر لا ينقلب إلى الجواز، ذكره في «الفوائد الظهيريَّة»، وكذا إذا باع إلى أن تهب الريح ثم أسقط الأجل.

قلتُ: أمَّا النكاح فإن المفسد هناك انعدام شرط الجواز وهو ترك الإشهاد، ولا يزول ذلك بالإشهاد بعد العقد، وأمَّا هاهنا فنفس الأجل غير مفسدة للبيع، وإنما المفسد جهالة في وقت الحصاد وذلك غير موجود في الحال، فإذا أسقطه قبل أوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحًا، حتى لو جاء زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله يتقرر الفساد، وأمَّا إذا باع بألف ورطل من خمر فإن ذلك العقد ينقلب صحيحًا عندنا إذا اتفقا على إسقاط الخمر، نصَّ عليه في آخر الصرف، إلا أن هناك لا يتفرد به البائع؛ لأنه تصرف

الأَجَلُ يَسْتَبِدُّ بِإِسْقَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ بَطَلَ البَيْعُ فِيهِمَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا جَازَ فِي العَبْدِ وَالشَّاةِ الذَّكِيَّةِ (وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ صَحَّ البَيْعُ فِي العَبْدِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ) عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: فَسَدَ فِيهِمَا،

في البدل فلا يتم إلا بهما، وهاهنا يتفرد من له الأجل؛ لأنه خالص حقه فيسقط بإسقاطه.

وأمَّا الجواب عن هبوب الريح فقد ذكرنا جوابه بأن ذلك ليس بأجل إلى آخره، هذا كله من «المبسوط».

قوله: بَطَلَ البَيْعُ فِيهِمَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وقوله: وَهَذَا، إشارة إلى مطلق الجمع بين الحرِّ والعبد في البيع؛ لأنَّ عنده يفسد البيع في القنِّ أيضًا، سواء فصل الثمن أو لم يفصل.

ولفظة «المبسوط» بلفظ الفساد فيهما فقال: فإذا أحدهما حرّ فالبيع فاسدة فيهما، ولا شك أن لفظ الفساد هناك في حق الحرِّ مستعار عن البطلان، وما ذكر في «أصول الفقه» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله يدل على أن العقد في القنِّ فاسد لا باطل، حيث قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: فيما إذا باع حرًّا وعبدًا وسمَّى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد في العبد صحيحًا، ولم يقل: لم ينعقد العقد في العبد أصلًا، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا - بأن قال: اشتريتُهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة - جَازَ فِي العَبْدِ وَالذَّكِيَّةِ.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: فَسَدَ فِيهِمَا، أي: في الجمعين المذكورين، وهما الجمع بين الحرِّ والعبد، والجمع بين العبد والمدبر، وحاصل ذلك أنه لا تفاوت عنده في جميع الصور

وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالمَيْتَةِ، وَالمُكَاتَبُ وَأُمُّ الوَلَدِ كَالمُدَبَّرِ لَهُ الاِعْتِبَارُ بِالفَصْلِ الأَوَّلِ، إِذْ مَحَلِّيَّةُ البَيْعِ مُنْتَفِيَةٌ بِالإِضَافَةِ إِلَى الكُلِّ، وَلَهُمَا أَنَّ الفَسَادَ بِقَدْرِ المُفْسِدِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى القِنِّ، كَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ الأَجْنَبِيَّةِ وَأُخْتِهِ فِي النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمِّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ أَنَّ الحُرَّ لا يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالبَيْعُ

في أنه يفسد في الكل على ما يجيء.

قوله: وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالمَيْتَةِ، فإن قيل: كان ينبغي أن يكون الجمع بين الذبيحة ومتروك التسمية عامدًا كالجمع بين القن والمدبر؛ لضعف الفساد في متروك التسمية عامدًا لكونه مجتهدًا فيه، فإن الشافعي رحمه الله قائل بحله، فحينئذٍ يصح البيع في الذبيحة سواء فصل الثمن أو لم يفصل، كما هو الحكم فيما إذا جمع بين قنٍّ ومدبر في البيع.

قلنا: هو ليس بمجتهد فيه؛ لوقوع ذلك خطأً بيِّنًا؛ لمخالفته الدليل الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، حتى أن القاضي لو قضى بحل متروك التسمية عامدًا لا ينفذ القضاء، فلمَّا كان كذلك كان هو بمنزلة من جمع حرًّا وعبدًا في البيع، فكان القبول في الحر شرطًا للبيع في العبد وهذا شرط فاسدٌ.

فإن قيل: إذا بيَّن ثمن كل واحد منهما يكون الصفقة متفرقة، فحينئذٍ لا يكون قبول الحر شرطًا للبيع في العبد.

قلنا: وقد ذكرنا في أوائل البيوع من رواية «الذخيرة»: أن البائع إذا فرق الثمن بأن سمَّى لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة، واتخذ الباقي بأن قال البائع: بعتك هذه الأثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا، فعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطًا لصحة البيع في الآخر، فكان قبول الحر شرطًا لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع.

صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي العَبْدِ وَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَأَمَّا البَيْعُ فِي هَؤُلَاءِ مَوْقُوفٌ وَقَدْ دَخَلُوا تَحْتَ العَقْدِ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَنْفُذُ فِي عَبْدِ الغَيْرِ بِإِجَازَتِهِ،

فإن قيل: الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين حتى يكون هو في معنى الربا، ولا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القنِّ فلا يفسد.

قلنا: ذلك غير مسلم في كل شرط، بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كافٍ في إفساد البيع، ولئن سلَّمنا ذلك قلنا: هو موجود في قبول الحر أيضًا؛ وذلك لأن قبول الحر قبول لبدله، وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلًا بمال، فكان بدله خاليًا عن العوض فكان ربًا؛ وذلك لأنه إذا باعهما بألف صار كأن البائع قال: بعتُ هذا العبد بخمسمائة على أن تسلم إليَّ خمسمائة أخرى وهو عين الربا، باعتبار أنه فضل خال عن العوض في البيع.

قوله: فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرْطًا، إلى آخره، وذكر في «المبسوط» جوابهما عن هذا فقال: وقالا: إنما يشترط قبول العقد في أحدهما لقبول العقد في الآخر إذا صحَّ الإيجاب فيهما، حتى لا يكون المشتري ملحقًا للضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر، وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما، وصار هذا كما إذا اشترى عبدًا، أو مكاتبًا، أو مدبرًا، فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد صحيحًا في العبد، كذا هاهُنا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: البائع لمَّا جمع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل منهما قبول العقد في الآخر، بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر، واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد، والبيع يبطل بالشرط الفاسد.

وقولهما: إن هذا عند صحة الإيجاب، قلنا: عند صحة الإيجاب فيهما يكون هذا شرطًا صحيحًا، ونحن إنما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الإيجاب؛ لأن هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه، لا باعتبار وجود المحليَّة فيهما، وقد ذكر الكرخي رجوع

وَفِي الْمُكَاتَبِ بِرِضَاهُ فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الْمُدَبَّرِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -،

أبي يوسف رحمهما الله في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهي مسألة الطَّوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما بيَّنا في الصرف، فاستدلوا برجوعه في تلك المسألة على رجوعه في جميع هذه المسائل؛ لأن الفرق بينهما لا يتضح.

وقال زفر رحمه الله: إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبَّر لم يجز البيع في العبد، سواء سمَّى لكل واحد منهما ثمنًا أو لم يسم، فقال: لأن الإيجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد؛ لما ثبتَ لهم من حق العتق، وقد جعل ذلك شرطًا لقبول العقد في القنِّ منهما فيفسد العقد كله، كما في مسألة الحر.

وجه قولنا: أن كل واحد منهما دخل في العقد؛ لأن دخول الآدمي في العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما، ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره، بأن باع عبدين فاستحق أحدهما، وهناك البيع جائز في الآخر سواء سمَّى لكل واحد منهما ثمنًا أو لم يسم.

قوله: وَفِي الْمُكَاتَبِ بِرِضَاهُ فِي الْأَصَحِّ، احتراز عمَّا رُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في النَّوادر بخلافه، وذلك غير معتمد عليه.

قوله: وَكَذَلِكَ فِي أُمِّ الوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، ومسألة أم الولد كانت مختلفًا فيها في الصدر الأول، فكان عمر رضي الله عنه يقول: بأن بيع أم الولد لا يجوز، وعلي رضي الله عنه كان يقول: بأنه يجوز، ثم من بعدهم من السلف اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز.

والحاصل أن الإجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع، وعند محمد رحمه الله يرفع، وقضاء القاضي بخلاف الإجماع لا ينفذ، وعندهما ليس لإجماع التابعين من القوة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة

إِلَّا أَنَّ المَالِكَ بِاسْتِحْقَاقِهِ المَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ رَدُّوا البَيْعَ فَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلَى البَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ القَبْضِ، وَهَذَا لا يَكُونُ شَرْطَ القَبُولِ فِي غَيْرِ المَبِيعِ وَلا بَيْعًا بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ فِيهِ.

رضي الله عنهم أجمعين، فكان هذا قضاءً في فصل مجتهد فيه، وإذا ثبتَ أن المحل قابل للبيع حتى ينفذ قضاء القاضي فيه، وقضاء القاضي في غير محله لا ينفذ عرفنا أنه دخل في العقد ثم خرج، فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فبقي العقد صحيحًا في الآخر، حتى إذا كان قبضهما لزم البيع في القنِّ بحصته من الثمن، وكذلك إن كان عالِمًا وقت البيع، فإن لم يكن عالِمًا به وقت البيع ثم علم بذلك قبل القبض كان له أن يرد القن منهما؛ لتفرق الصفقة قبل التمام، فإن خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب، وإنما يثبت إذا لم يكن معلومًا، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنَّ المَالِكَ بِاسْتِحْقَاقِهِ المَبِيعَ وَهَؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ، هذا استثناء عن قوله: وَقَدْ دَخَلُوا تَحْتَ العَقْدِ.

قوله: فَكَانَ هَذَا، إشارة إلى قوله: رَدُّوا البَيْعَ، كان إشارة إلى بقاء البيع في حق هؤلاء، أي: إشارة إلى دخولهم تحت البيع؛ لأن رد البيع بدون انعقاد البيع لا يصح.

قوله: وَلا بَيْعًا بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً؛ إنَّما ذكر هذا لأن البيع بالحصة بقاءً لا يفسد البيع، كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فمات أَحَدُهُمَا قَبْلَ القَبْضِ.

قوله: وَهَذَا لا يَكُونُ شَرْطَ القَبُولِ فِي غَيْرِ المَبِيعِ وَلا بَيْعًا بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً، احتراز عمَّا جمع القنَّ مع الحر فباعهما، فإن هناك يلزم ذانك الفسادان، وأمَّا في جمع القنِّ مع المدبر في البيع فلا؛ لدخول المدبر ومثله في البيع على ما ذكرنا فيه، أي: فيما إذا باع المدبر مع القنِّ، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ)

(وَإِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ بِأَمْرِ البَائِعِ وَفِي العَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ

فصل في أحكام البيع الفاسد

لمَّا ذكر أنواع البيع الفاسد ذكر في هذا الفصل أحكامه؛ إذ الحكم أثر بيع موجبة، ويقفوه وجودًا فكذا ذكرًا.

قوله: وَإِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ بِأَمْرِ البَائِعِ وَفِي العَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ المَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ، ففي هذه القيود فائدة، ذكر قَبَضَ المُشْتَرِي لترتيب الملك عليه؛ لأن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض، وذكر البَيْعَ الفَاسِدَ احترازًا عن البيع الباطل؛ لما أن الملك لا يثبت في البيع الباطل وإن اتصل القبض به، وقد مرَّ، وذكر بِأَمْرِ البَائِعِ المراد منه الإذن، حتى أنه ذكر في الكتاب ذلك بلفظ الإذن بعد هذا، أو أراد به الأمر بعد الافتراق.

ثم الإذن بالقبض على ضربين: صريح ودليل.

فالصريح: أن يأمره بقبضه فقبضه المشتري بحضرة البائع أو بعد حضرته.

فأمَّا الدليل: فهو أن يقبضه المشتري عقيب العقد بحضرة البائع ولم ينهه عن القبض ملكه أيضًا، ولو قبضه بغير حضرته لم يملكه إذا لم يوجد من البائع صريح الأمر بالقبض، كذا في «شرح الطحاوي» رحمه الله.

وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ المَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَمْلِكُهُ وَإِنْ قَبَضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعْمَةَ المِلْكِ؛ وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ

قوله: وَفِي العَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ، ذكر فائدته في الكتاب.

قوله: مَلَكَ المَبِيعَ، هذا قول عامة مشايخنا، فأمَّا قول مشايخنا من أهل العراق أن المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف غير مملوك العين، وهذا غير صحيح؛ لأن محمدًا رحمه الله نصَّ في كتاب الشهادات وقال: إذا ادعى عليه هذا الشيء فهو خصم فيه؛ لأنه يملك الرقبة، ويدل عليه أيضًا شواهد الأصول، وهي أن المشتري إذا أعتق العبد ثبت الولاء منه دون البائع، ولو لم يكن مالكًا للرقبة لما ثبتَ الولاء منه، ولو باعه المشتري فالثمن له وعليه القيمة لبائعه، ولو كان تصرفه بتسليط البائع كان يرتفع عنه الضمان والثمن للبائع الأول، ولو كان المشترى دارًا فبيعت دار بجنبها تثبت الشفعة للمشتري دون البائع، ولو كان عبدًا فأعتقه البائع لا ينفذ عتقه فيه، كذا في «شرح الطحاوي».

وقد ذكرنا فيما ذكرنا مرة في أوائل باب البيع الفاسد ما يتشبث به مشايخ العراق، وجوابه هناك.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَمْلِكُهُ وَإِنْ قَبَضَهُ، وحاصله أن عند الشافعي رحمه الله البيع على ضربين: بيع جائز، وبيع باطل، لا غير، وعندنا البيع على أربعة أوجه: بيع جائز، وبيع فاسد، وبيع باطل، وبيع موقوف، كذا في «شرح الطحاوي».

هذا التقسيم من حيث إثبات الملك وعدم إثباته، أو إثباته على طريق التوقف، وأمَّا تقسيمه فيما سوى ذلك فأكثر منه، وقد ذكرناه في أول كتاب البيوع.

قوله: فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعْمَةَ المِلْكِ، بل نعمة الملك إنما تنال بالمباح، كنعمة ملك المتعة أصالة أو تبعًا إنما تنال بالنكاح الصحيح والشراء الصحيح.

قوله: وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ؛ لأن المشروعية يقتضي كونه حسنًا، وكونه منهيًّا يقتضي أن يكون قبيحًا، وبين القبح والحسن تضاد، فأينما وردَ أحدهما

لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ، وَلِهَذَا لا يُفِيدُهُ قَبْلَ القَبْضِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالمَيْتَةِ أَوْ بَاعَ الخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ. وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحِلِّهِ فَوَجَبَ

على الآخر فسخه، أي: رفعه لا محالة للتضاد.

وذكر في «المبسوط»: وفي الحقيقة هذه المسألة تبتني على مسألة من أصول الفقه، وهي: أن النهي عن العقود الشرعية لا تخرجها من أن تكون مشروعة عندنا، فإن ذلك موجب النسخ والنهي غير النسخ، وعنده يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي، فإن صفة القبح من ضرورة النهي، كما أن صفة الحسن من ضرورة الأمر، والمشروع ما يكون مرضيًّا والقبيح لا يكون مرضيًّا، فينعدم أصل العقد بضرورة النهي ومقتضاه.

لكنا نقول: موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهي مختارًا فيه، كما أن موجب الأمر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختارًا فيه، فإن استحقاق الثواب والعقاب يبتني على ذلك، وذلك لا يكون إلا بعد تقرر المشروع مشروعًا باعتبار هذا الأصل.

ثم تخريج المقتضَى عليه بحسب الإمكان أولى من إعدام المقتضي بالمقتضَى، وهذه في أصول الفقه، وأمَّا التخريج هاهنا على الأصل المتفق عليه فهو أن النهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يعدم المشروع، كالنهي عن البيع وقت النداء، ومتى كان المعنى في عين المنهي عنه يعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح، والشافعي رحمه الله يقول: في البيوع الفاسدة النهي لمعنى في غير المنهي عنه ولهذا فسد البيع، ويتضح هذا في البيع بالخمر والبيع مبادلة مال متقوم بمال، والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وإن قبضت، فلا ينعقد موجبًا حكمه، فعرفنا أنه غير منعقد في حق حكمه وهو الملك، وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم البيع مضمون بالقيمة ولا عقد؛ وهذا لأن الملك مشروع محبوب فيستدعي سببًا مرضيًّا شرعًا، بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقدت مع صفة الفساد؛ لأن فيها معنيين: معنى المعاوضة واليمين؛ لأن تعليق العتق بشرط الأداء والحرمة لا يمنع صحة التعليق، كما لو قال: إن زنيتِ فأنتِ حرة، فإنما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة.

الْقَوْلُ بِانْعِقَادِهِ، وَلا خَفَاءَ فِي الأَهْلِيَّةِ وَالمَحَلِّيَّةِ، وَرُكْنُهُ: مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَفِيهِ الكَلَامُ وَالنَّهْيُ يُقَرِّرُ المَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا لِاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ فَنَفْسُ البَيْعِ مَشْرُوعٌ، وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ المِلْكِ، وَإِنَّمَا المَحْظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ،

وحجتنا في ذلك من حيث التخريج على الأصل المجمع عليه أن يقول: هذا النهي لمعنى في غير المنهي عنه؛ لأن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول في محل قابل له، ولا يختل شيء من ذلك بالشرط الفاسد، وانعقاد العقد لوجود ركنه من أهله، والنهي كان للشرط وهو وراء ما يتم به العقد، وكذلك النهي عن الربا للفضل الخالي عن المقابلة، وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعدم به أصل العقد، والعقد لا ينعقد شرعًا إلا موجبًا حكمه، والأسباب الشرعية تطلب لأحكامها، فإذا كانت خالية عن الحكم تكون لغوًا، ولكن الحكم يتصل بها تارةً ويتأخر أخرى كالهبة، فإنَّها عقد تمليك ثم الملك يتأخر بها إلى القبض.

وقوله: بأن البيع يفسد به، قلنا: لأن النهي اتصل بوصفه، فإن الخيار والأجل لو كان جائزًا كان عمله في تغيير وصف العقد لا في تغير أصله، فكذلك إذا كان فاسدًا يكون عمله في تغير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدًا، وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأجل، بل من ضرورته انعقاد الأصل، فالصفة لا تكون بدون الموصوف، والدليل عليه أن المقبوض يصير مضمونًا والضمان إنما يجب بطريق الجبران، أو بالعقد، وهاهنا وجوب الضمان ليس بطريق الجبران؛ لأنه يقبضه بإذن المالك، فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد، وهكذا نقول في المقبوض على سوم الشراء: أنه مضمون بالعقد، ولكن على وجه هو أن يجعل الموعود من العقد كالمتحقق، وإذا ثبتَ هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربا؛ لأن الفساد يكون بمعنى في وصف العقد، فإن بالفضل يصير البائع رائجًا، فكذلك في البيع بالخمر، وقد ذكرناه.

قوله: وَفِيهِ الكَلَامُ، أي: المسألة مصورة فيما إذا كان العوضان مالًا.

قوله: لِاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ، أي: لاقتضاء النهي تصور المنهي عنه، وإلا يلزم ورود النهي في شيءٍ لا يتكون وهو سفه، حتى لا يقال للآدمي: لا تنظر، ولا للأعمى: لا تبصر؛ لئلا يلزم هذا.

قوله: وَإِنَّمَا المَحْظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ، فإن قلتَ: في هذه اللفظ شبهتان:

وَإِنَّمَا لا يَثْبُتُ المِلْكَ قَبْلَ القَبْضِ

إحداهما: هيَ أن إلحاق ما تنازعنا فيه بالبيع وقت النِّداء من حيث مجاورة المحظورة المنهي عنه مخالف لرواية أصول الفقه هاهنا؛ فإن في رواية أصول الفقه جعل البيع وقت النِّداء من قبيل ما جاوره المعنى جمعًا، والذي تنازعنا فيه مع الخصم من قبيل ما اتصل به المعنى وصفًا.

والثانية: كيف يصح إلحاق هذا بذاك مع اختلافهما في الحكم؛ فإن الحكم هناك الكراهة والحكم هاهنا الفساد؟

قلتُ: غرض المصنف رحمه الله من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما هو مزعوم الخصم، فالمجاور جمعًا مع المتصل وصفًا يتَّحدان في أنَّهما ليسا بمحظورين لمعنى في عين المنهي عنه، ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفًا كحكم المجاور جمعًا، فيصح قياس أحدهما على الآخر لاشتراكهما في أمر هو مقصود المصنف رحمه الله.

وكذلك أيضًا الجواب عن الشبهة الثانية؛ فإن غرض المصنف رحمه الله بيان أن حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو ذلك عند الخصم، ثم الكراهة مع الفساد يشتركان في عدم البطلان من حيث أن حكم كل واحد منهما ليس بباطل.

قوله: وَإِنَّمَا لا يَثْبُتُ المِلْكَ قَبْلَ القَبْضِ، إلى آخره، فإن قيل: ينبغي أن لا يثبت الملك بعد القبض أيضًا كما لا يثبت قبله؛ لأن كل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط، وهذا في معناه أيضًا؛ لأن الرضاء لا يتم مع خيار الشرط فكذلك لا يتم رضاء البائع بالفساد؛ لأن رضاه في الثمن لا في القيمة لتصور زيادته على القيمة.

قلنا: المانع من ثبوت الملك في الخيار غير المانع في البيع الفاسد، فلم يلزم من عدم ثبوت الملك بعد القبض في الخيار عدم ثبوته في البيع الفاسد؛ وذلك لأن ثبوت الملك في الخيار معلق معنًى بسقوط الخيار؛ لأنه يقول: على أنِّي بالخيار، والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه، فلم يثبت الملك

كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْرِيرِ الفَسَادِ المُجَاوِرِ،

بعد القبض لعدم سقوط الخيار، وأمَّا هاهنا لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض؛ فإن المسمَّى لا يجب لفساد العقد، والضمان لا يجب إلَّا بالقبض، فلهذا تأخر الملك إلى ما بعد القبض ليكون الملك بمقابلة الضمان؛ أو لأنه تأخر الملك هاهنا إلى وقت القبض لضعف في البيع الفاسد، فاحتاج إلى انضمام ما يقويه إليه وهو القبض كعقد التبرع، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَقْرِيرِ الفَسَادِ؛ لأنه لو ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليم المبيع، فإذا وجب عليه تسليم المبيع يجب على المشتري تسليم الثمن، وهما من مواجب العقد فيؤدي إلى تقرير الفساد؛ لأن في المطالبة بتسليم المبيع والثمن تقريرًا للفساد، والعقد الفاسد واجب الدفع فيجب أن نقول قولًا لا يؤدي إلى تقرير الفساد لذلك، وليس ذلك إلاَّ أن يقول بعدم ثبوت الملك قبل القبض.

فإن قلتَ: لو ثبتَ الملك بعد القبض كان فيه تقررًا للفساد أيضًا، فينبغي أن لا يثبت بعده أيضًا على ذلك التقدير.

قلتُ: الأصل في الدلائل إعمالها على حسب ما سَنَحت لنا لا إلغاء أوصافها من القوة والضعف، فإنا لو قلنا في البيع الفاسد بثبوت الملك قبل القبض لسويناه مع البيع الصحيح، ولو ألغينا الملك مع وجود القبض لسويناه مع البيع الباطل، ويثبت إقدار الأدلة فلا يجوز لنا إلغاؤها، وقد ظهر لنا بالدليل أن موجب البيع الفاسد هو بين موجبي البيع الصحيح والبيع الباطل، فلا بُدَّ أن يثبت حكمه أيضًا بين حكمي البيع الصحيح والبيع الباطل، وذلك فيما قلناه من عدم ثبوت الملك قبل القبض، وثبوته بعد القبض، فاخترنا القبض مقويًا لضعفه؛ لأن للقبض شبه الإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه، فألحق بالبيع الصحيح عند ذلك في إثبات الملك، ولأنَّا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكنَّا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد؛ لأنه لا موجب للملك هناك سواه فكان فيه تقرير الفساد على ما قلنا وجهه، والبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد حينئذٍ مضافًا إلى الشارع ولا يجوز ذلك، أمَّا لو قلنا

إِذْ هُوَ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ فَبِالِامْتِنَاعِ عَنِ المُطَالَبَةِ أَوْلَى؛ وَلِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالقَبِيحِ فَيُشْتَرَطُ اعْتِضَادُهُ بِالقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ الهِبَةِ، وَالمَيْتَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلَوْ كَانَ الخَمْرُ مُثَمَّنًا فَقَدْ خَرَّجْنَاهُ وَشَيْءٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ فِي الخَمْرِ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ وَهِيَ تَصْلُحُ ثَمَنًا لا مُثَمَّنًا،

بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتًا للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء، فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العباد وذلك ليس ببعيد.

قوله: إِذْ هُوَ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ - أي: البيع الفاسد بعد القبض واجب الدفع بالاسترداد دفعًا للفساد - فَبِالِامْتِنَاعِ عَنِ المُطَالَبَةِ أَوْلَى، أي: لو قلنا بوجوب رفع البيع الفاسد بامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع عن البائع، أَوْلَى عن قولنا بوجوب الرفع بالاسترداد؛ لأن هذا أسهل وأبعد عن العبث؛ لأن علينا دفع الفساد، فلو قلنا: يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث؛ لأن معنى العبث هو أن يفعل فعلًا بلا فائدةٍ وحكمةٍ، وفيه ذلك؛ لأن رفع الفساد يوجد بدون ذلك، وهو أن يمتنع المشتري عن مطالبة البائع بتسليم المبيع، ثم ذلك الامتناع إنما يتحقق إن لو لم يثبت الملك قبل القبض؛ لأنه لو ثبت الملك في المبيع للمشتري قبل القبض يطالب المشتري البائع بتسليم المبيع فيقبضه فيثبت الملك له بعد القبض، ثم بعد ذلك لا يخلو: إمَّا أن يرد أو لا يرد، فإن ردَّ يلزم فيه نوع عبث لما قلنا، وإن لم يرد يلزم تقرير الفساد، فلذلك كان القول بوجوب رفع الفساد بالامتناع عن المطالبة أَوْلَى عن القول بوجوب الرفع بالاسترداد.

قوله: وَلَوْ كَانَ الخَمْرُ مُثَمَّنًا فَقَدْ خَرَّجْنَاهُ، أي: لو كان الخمر مثمنًا فيما إذا اشترى الخمر بالدراهم والدنانير يقع البيع باطلًا، فقد ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد، وهو قولنا: ووجه الفرق هو أن الخمر مال وكذا الخنزير، إلى آخره، فلا يلزم حينئذٍ بما ذكر الخصم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مثمنًا بطلان البيع فيما تنازعنا فيه.

قوله: وَشَيْءٌ آخَرُ - أي: ودليل آخر غير ذلك الدليل الذي ذكرنا هناك - وَهُوَ أَنَّ فِي

ثُمَّ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ القَبْضُ بِإِذْنِ البَائِعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ دَلَالَةً كَمَا إِذَا قَبَضَهُ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ اسْتِحْسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى القَبْضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا القَبْضُ فِي الهِبَةِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي العَقْدِ

الخَمْرِ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ وَهِيَ - أي: القيمة - تَصْلُحُ ثَمَنًا لا مُثَمَّنًا، يعني: لو انعقد البيع على الخمر تجب قيمة الخمر لا عين الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلّمها.

ثم لو قلنا بانعقاد البيع فيه - أي: فيما إذا اشترى الخمر بالدراهم أو الدنانير - لجمعنا القيمة مثمنًا؛ لأن كل عين من الأعيان بمقابلة الدراهم والدنانير في البيع هو مثمن، أي مبيع؛ لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة شرعًا، وما عهد لنا أن تكون القيمة مثمنًا في صورة من صور البياعات، فلو قلنا بذلك يؤدي إلى تغيير المشروع فلذلك حكمنا عليه بالبطلان، وأمّا إذا جُعل بمقابلة الخمر ثوبًا أو غيره من العروض كانت الخمر ثمنًا، والثمن يجري مجرى الوصف فيجب على المشتري قيمة الثوب فكانت القيمة في محلها فلا يحكم بالبطلان، لكنه يفسد البيع مع ذلك؛ لأن الخمر مال غير متقوَّم في حق المسلمين.

قوله: ثُمَّ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ القَبْضُ بِإِذْنِ البَائِعِ، أراد به قوله: بأمر البائع، فعُلِم بهذا أن المراد من الأمر الإذن.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ، أي: بالإذن.

وقوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عما ذكره صاحب «الإيضاح» وسمَّاها الرواية المشهورة، فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض، وهذه الرواية هي المشهورة، ثم قال: وذكر في «الزيادات»: أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه أنه يثبت الملك ولم يحك خلافًا؛ لأن العقد تسليط له على القبض، فإذا قبضه بمحضر منه ولم يمنع ثبت الملك، ووجه المشهور من الرواية أن العقد إذا وقع فاسدًا لم يتضمّن تسليطًا على القبض؛ لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت بمقتضاه شرعًا والفاسد يجب إعدامه، فلم يثبت المقتضى وهو

عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْحُرِّ وَالرِّيحِ وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ، وَقَوْلُهُ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ فَيَلْزَمُهُ الْمِثْلُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهَ الْغَصْبَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ صُورَةً وَمَعْنًى أَعْدَلُ مِنَ الْمِثْلِ مَعْنًى.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ) رَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَهَذَا قَبْلَ الْقَبْضِ ظَاهِرٌ؛

التسليط على القبض، وهذا بخلاف ما إذا وهبَ أنه يكون تسليطـًا على القبض استحسانـًا مادام في المجلس؛ لأن التصرف وقع صحيحًا فجاز أن يكون تسليطـًا بمقتضاه، وإنما توقَّف على المجلس؛ لأن القبض ركن في باب الهبة وإنه ينزل منزلة القبول في حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه.

وفي «الذخيرة»: وعن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال: يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدَّى الثمن، والتخلية في البيع الفاسد ليس بقبض.

قوله: فَيَخْرُجُ عَلَيْهِ - أي: على اشتراط المال في العوضين في البيع الفاسد حتى يثبت الملك عند القبض - الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْحُرِّ وَالرِّيحِ - أي: بيع الشيء بالريح الذي تَهُبّ - وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ، هذا كله من البيوع باطل لا فاسد؛ لما ذكر أن من شرط البيع الفاسد أن يكون العوضان كل واحد منهما مالًا، وهذه الأشياء ليست بأموال أصلًا، فيكون بيع هذه الأشياء أو البيع بهذه الأشياء باطلًا في الوجهين، أي: فيما إذا كانت مبيعةً أو ثمنًا، إلاَّ أنه ذكر البطلان فيما إذا كانت ثمنًا ليستدل به على بطلان البيع فيما إذا كانت مبيعة بالطريق الأولى، بخلاف الخمر حيث يبطل البيع فيما إذا كانت مبيعة لا فيما إذا كانت ثمنًا.

قوله: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ، كان من حقه أن يقول: ويجب على كل واحد من المتعاقدين فسخه؛ لأن فسخ البيع الفاسد فيما فيه ولاية الفسخ واجب؛ لكيلا يقع تصرّفه علي العين المشترى بالفساد مكروهًا أو حرامًا، فإنه ذكر في «الإيضاح»:

لِأَنَّهُ لَمْ يُفِدْ حُكْمَهُ فَيَكُونُ الفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْهُ، وَكَذَا بَعْدَ القَبْضِ إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الفَسَادُ بِشَرْطٍ زَائِدٍ فَلِمَنْ لَهُ الشَّرْطُ ذَلِكَ دُونَ مَنْ عَلَيْهِ لِقُوَّةِ العَقْدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقِ المُرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ.

ويكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع؛ لأن الفسخ مستحق حقًّا لله تعالى؛ لأن إعدام الفساد واجب والتصرف فيه تقرير للفساد، إلا أن مراد المصنف رحمه الله من هذا إثبات ولاية الفسخ لكل واحد من المتعاقدين.

قوله: إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ، المراد من الفساد في صلب العقد هو أن يكون بمعنى في البدل والمبدل، كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر، فكل واحد منهما في هذه الصورة يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله بحضرة صاحبه وبغير حضرته، وأمَّا إذا لم يكن الفساد قويًّا دخل في صلبه، وإنما الفساد بشرط منفعة لأحد المتعاقدين فكل واحد منهما يملك فسخه قبل القبض، أمَّا بعد القبض فالذي له الشرط له أن يفسخه بحضرة صاحبه وليس للآخر الفسخ، هذا إذا كان المبيع قائمًا بحاله في يد المشتري لم يزدد ولم ينتقص، وأمَّا لو ازداد المبيع في يد المشتري فالزيادة لا تخلو: إما أن تكون متصلة أو منفصلة، وكل واحد منهما على ضربين: إمَّا أن تكون متولدة من الأصل، أو غير متولدة من الأصل، وكذلك في جانب الانتقاص يتنوع إلى أن يكون النقصان بآفة سماوية، أو بفعل الغير، وذلك الغير إمَّا أن يكون بائعًا، أو مشتريًا، أو أجنبيًّا، فوجوهه كثيرة يعرف ذلك في «شرح الطحاوي».

وأكثر أحكام هذه الوجوه، أي: وجوه الزيادة والنقصان ملحق بأحكام الغصب، ففي كل موضع للمالك ولاية الاسترداد، وهاهُنا للبائع فيه ولاية الاسترداد وإن كان يقع التفاوت بينهما في بعض الأحكام، وإنما أريد بالفساد في صلب العقد ما كان راجعًا إلى البدل والمبدل؛ لأن صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين، فكل فساد تمكّن في أحد العوضين يكون فسادًا في صلب العقد.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ بَيْعُهُ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي وَنُقِضَ الْأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرْعِ،

قوله: فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي - أي: فإن باع المشتري شراءً فاسدًا ما قبضه - نَفَذَ بَيْعُهُ؛ - فيه - لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ، أي: من البيع، والهبة، والإعتاق، أمَّا لو كان مأكولًا لا يحل له أكله، ولو كان جارية لا يحل له وطئها، على ما ذكرناه من رواية «شرح الطحاوي».

قوله: وَسَقَطَ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ بِالثَّانِي، وهو المشتري الثانِي.

وذكر في «الذخيرة»: ويبطل حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفًا يحتمل القبض كالبيع، أولا يحتمل كالإعتاق، إلا الإجارة، والنكاح، فإن هذه التصرفات لا تبطل حق البائع في الاسترداد؛ لأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار، وفساد الشراء عذر في فسخها، ولم يذكر محمد رحمه الله من يفسخ الإجارة، وذكر في «النوادر»: أن القاضي هو الذي يفسخ، والتزويج يشبه الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فتعلق حق الرجوع بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم، وكذا أيضًا في «الإيضاح».

وذكر في «المبسوط»: وإنما تقرر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع، والهبة، وما أشبه ذلك، فإن المشتري شراءً فاسدًا لمَّا باع من غيره وسلمه إليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثانِي، وحق الله تعالى أيضًا من حيث فسخ العقد بالرد على البائع الأول، وحق الله تعالى مع حق العبد إذا اجتمعا يقدّم حق العبد، لا تهاونًا بحق الله تعالى، ولكن لأن الله تعالى أغنى، والعفو عنه أرجى، بخلاف المشتري من الغاصب؛ لأن ثمَّة تعلق به حق المشتري، وحق المغصوب منه، وكل واحد من الحقين حق العبد فيترجح حق المغصوب منه؛ لأنه أسبق.

قوله: وَسَقَطَ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعَبْدِ، وهو المشتري الثانِي.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا مات المشتري شراءً فاسدًا، فملك ما اشتراه من وارثه

وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ وَلِأَنَّ الأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ، وَالثَّانِيَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصْفِ؛ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ،

بالإرث لم ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري وإن تعلق به حق الوارث بل له أن يسترده من وارث المشتري، بخلاف ما إذا أوصى المشتري بما اشتراه لآخر ثم ماتَ لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له.

قلتُ: إنما كان كذلك؛ لأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق البعض فانتقل إلى الوارث كذلك، حتى لو ماتَ البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، وأمَّا الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثانِي؛ لأن له ملكاً متجددًا لثبوته بسبب اختياري منشإٍ ولهذا لا يرد بالعيب، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وقوله: وَحَقُّ العَبْدِ يُقَدَّمُ لِحَاجَتِهِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا كان حلالًا وفي يده صيد، ثم أحرم يجب عليه إرساله وفيه تقديم حق الله تعالى على حق العبد.

قلنا: بل الواجب فيه الجمع بين الحقين؛ لأنه ممكن لا الترجيح، وإنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن وهاهنا ممكن بأن يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه.

وقوله: وَلِأَنَّهُ - أي: ولأن البيع الثانِي وهو بيع المشتري شراءً فاسدًا - حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ، أي: البائع الأول وهو البائع بيعًا فاسدًا، فلا يتمكن البائع من الاسترداد من المشتري الثانِي؛ لوجود ذلك البيع الثانِي بتسليط منه، ثم لو تمكَّن من الاسترداد مع ذلك كان سعيًا في نقض ما تمَّ من جهته وهو لا يجوز، لأدائه إلى المناقضة.

فإن قيل: ما اعتبرتم ذلك في بيع نفسه قبل وجود البيع الثانِي، حتى أن له ولاية الاسترداد قبل أن يبيع المشتري شراءً فاسدًا وإن لزم فيه نقض ما تمَّ من جهته.

قلنا: إذا لم يبعه المشتري شراءً فاسدًا ترجح حق البائع لسبقه، وبقاء المحل على ما كان من غير تعلق حق المشتري الثانِي، ولوهاء في بيعه لفساده، فكان ذلك التمكن منه باعتبار

بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْعَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْمَشْرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنَ الشَّفِيعِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ

رفع الفساد لا باعتبار نقض ما تمَّ من جهته، فلما باع المشتري شراءً فاسدًا جعل ذلك العين غير ذلك؛ لأن تبدل الأسباب ينزل منزلة تبدل الأعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك؛ إذ لو بقي له حق الاسترداد يكون فيه السعي في نقض ما تمَّ من جهته خالصًا؛ لما أن البيع الثاني صحيح ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه إلى رفع الفساد، بخلاف البيع الأول، فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصْفِ.

قوله: بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ، وجه الورود هو أنه لمَّا ذكر أن تصرفات المشتري شراءً فاسدًا فيما اشتراه من البيع والهبة وغيرهما معتبرة، بحيث لم يبق للبائع بيعًا فاسدًا ولاية الاسترداد من المشتري الثاني لتعلق حق المشتري الثاني بما اشتراه، أو لاعتبار تصرف المشتري شراءً فاسدًا فإن تصرفه ذلك صحيح وإن كان شراءه فاسدًا، ورد عليه تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع، والهبة، والبناء وغيرها؛ حيث يبقى للشفيع أن ينقض هذه التصرفات كلها وإن تعلق بِها حق الغير، فأجاب رحمه الله عنه بقوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ العَبْدِ، أي: كل واحد من تصرفات وأخذ الشفيع حق العبد، وكل واحد من التصرف أيضًا مشروع غير موصوف بالفساد، فلمَّا استويا أي حق الشفيع وحق المشتري الدار المشفوعة في هذين الوصفين، أي: في أنَّهما حق العبد وأنَّهما مشروعان ترجح حق الشفيع لمعنيين:

أحدهما: أن حق الشفيع مقدم، فالترجيح للأسبق.

والثاني: أن هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال: كان في بعضها سعي في نقض ما تمَّ من جهته، بخلاف البيع بيعًا فاسدًا؛ فإن تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات

جَائِزٌ وَعَلَيْهِ القِيمَةُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبْضِ فَتَنْفُذُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَبِالإِعْتَاقِ قَدْ هَلَكَ فَتَلْزَمُهُ القِيمَةُ، وَبِالبَيْعِ وَالهِبَةِ انْقَطَعَ الاِسْتِرْدَادُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ نَظِيرُ البَيْعِ؛ لِأَنَّهُمَا لازِمَانِ، إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الاِسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ المُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهْنِ لِزَوَالِ المَانِعِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ، وَرَفْعُ الفَسَادِ عُذْرٌ؛ وَلِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ المَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ المَبِيعَ مُقَابَلٌ

المشتري منه؛ إذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تمَّ من جهته، وأمَّا هاهنا فبخلافه؛ لأنه لم يوجد منه التسليط.

وذكر في «الذخيرة»: لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًّا، أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع.

قوله: وَعَلَيْهِ القِيمَةُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالقَبْضِ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الاِسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ المُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهْنِ، وليس في تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة؛ لما أن عود الاسترداد ثابت في جميع الصور إذا انتقض هذه التصرفات من البيع، والهبة، وهذين التصرفين، حتى أنه لو ردَّ عليه بعيب في المبيع قبل أن يقضي القاضي بالقيمة كان له ولاية الاسترداد، وكذلك إذا رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء يعود للبائع حق الاسترداد؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه في الوجهين، ثم عود حق الاسترداد في جميع هذه الصور للبائع إنما يكون إذا لم يكن القاضي قضى على المشتري بالقيمة، وأمَّا إذا كان ذلك كله أعني: عجز المكاتب، وفك الرهن، ورجوع الواهب، ورد المبيع إلى البائع بعد قضاء القاضي بالقيمة فقد تمَّ تحول الحق إلى القيمة، فلا يعود في العين بعد ذلك، كما لو أبق المغصوب وقضى القاضي بقيمته على الغاصب ثم عاد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ المَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ، أي: القيمة التي

بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ (وَإِنْ مَاتَ البَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَغُرَمَائِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ،

أخذها من المشتري، هذا الحكم ليس بمخصوص بالبائع بيعًا فاسدًا، بل هذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة، والرهن الفاسد، والقرض الفاسد.

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله: لو اشترى عبدًا بيعًا فاسدًا، أو استأجره إجارةً فاسدةً ونقد الثمن والأجرة، أو ارتهن رهنًا فاسدًا، أو اقرضه قرضًا فاسدًا، أو أخذ به رهنًا، فله أن يحبس ما اشترى، وما استأجر، وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارًا بالعقد الجائز إذا تفاسخا؛ لأن هذه العقود معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين، فإن ماتَ البائع، أو المؤاجر، أو الراهن، أو المستقرض، فالذي في يده العبد والرهن أحق بثمنه من غرماء الميت، بخلاف ما إذا ماتَ المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين أو الوديعة من المحتال عليه؛ حيث لا يختص المحتالُ بدين الحوالة والوديعة.

فإن قيل: دين المحيل على المحتال عليه لمَّا صار مشغولًا بحق المحتال له يجب أن يكون المحتال له أخصّ به كما في الرهن، قلنا: مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص، كالمأذون إذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه، ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص.

قوله: فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ، أي: المبيع يصير محبوسًا في يد المشتري بمقابلة الثمن الذي أدَّاه إلى البائع، حتى صار له ولاية أن لا يدفع المبيع إلى أن يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن، والإلحاق بالرهن من هذا الوجه، ولكنهما يفترقان من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب.

قوله: لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ، أي: لأن المشتري شراءً فاسدًا يقدم على البائع في المبيع في حياة البائع، حتى كان للمشتري منع المبيع من البائع إلى أن يأخذ ما أدَّاه من القيمة، فكذا بعد الممات يقدم على ورثته.

قوله: فَكَذَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَغُرَمَائِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالْمُرْتَهِنِ، يعني: إذا مات الراهن وله ورثة

ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ، وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَيْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَرَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ثُمَّ شَكَّ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الرِّوَايَةِ

وغرماء فالمرتهن أحقّ بالرهن من الورثة وسائر الغرماء حتى يستوفي الدين، فكذا هاهُنا كان المشتري أحق بالمبيع من ورثة البائع وغرمائه حتى يستوفي ما أدّاه.

وقوله: وَهُوَ الْأَصَحُّ، احتراز عن رواية أبي حفص رحمه الله تعالى.

قال الإمام التمرتاشي: ذكر بكر رحمهما الله: فإن كان المنقود قائمًا هل يتعين؟ على رواية أبي حفص لا، وعلى رواية أبي سليمان رحمهما الله يتعين، وكذا لو باع دراهم بدراهم إلى أجل فهو فاسد، وهل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين، والأظهر أنه يتعين، وعلى هذا يجب أن يكون المقبوض بقرض فاسد.

ذكر البرغري رحمه الله في «الجامع»: الدراهم في البيع الفاسد إنما يتعين إذا كان البيع الفاسد صريحًا، وإن لم يكن صريحًا لا يتعين.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، أي: الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب، وبه صرَّح الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا، وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وإن كان البائع استهلك الثمن بيع المبيعُ بحقه، أي: بحق المشتري، ولكن ذكر الإمام قاضي خان رحمه الله كما هو المذكور في الكتاب فقال: وإن كان البائع استهلك الثمن يرد مثله؛ لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثليًا.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْصُوبِ، فالحكم في المغصوب كذلك.

قوله: ثُمَّ شَكَّ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الرِّوَايَةِ، أي: في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه،

(وَقَالَا: يُنْقَضُ البِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَالغَرْسُ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَضْعَفُ مِنْ حَقِّ البَائِعِ حَتَّى يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى القَضَاءِ وَيَبْطُلُ بِالتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَقِّ البَائِعِ، ثُمَّ أَضْعَفُ الحَقَّيْنِ لا يَبْطُلُ بِالبِنَاءِ فَأَقْوَاهُمَا أَوْلَى، وَلَهُ أَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ وَقَدْ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ

لا في مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه، بل مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أنه ينقطع حق البائع بالبناء من غير شكٍّ على ما نذكر.

وقال شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله: هذه هي المسألة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فقال أبو يوسف: ما رويتُ لك عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويتُ لك أنه ينتقض البناء، وقال محمد: بل رويتَ لي عنه أنه يأخذ قيمتها، ثم قال شمس الأئمة هذا رحمه الله، وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ فقال: ثم شكَّ يعقوبُ في هذه المسألة بعد ذلك.

قوله: حَتَّى يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى القَضَاءِ، أو الرضاء، ولا يورث.

قوله: بِخِلَافِ حَقِّ البَائِعِ، فإنه يورث، وقد ذكرنا أن البائع بيعًا فاسدًا إذا ماتَ، فلوارثه حق الاسترداد.

قوله: وَلَهُ أَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ، هذا احتراز عن الإجارة، بخلاف حق الشفيع، وإنه إن كان ضعيفًا لكن لم يوجد منه التسليط على البناء فلذلك كان له حق نقض البناء، بخلاف البائع، ألا ترى أن المشتري لو بنى في الدار ثم استحق موضع البناء ونُقض البناء رجع المشتري بقيمة البناء على البائع، والشفيع لو بنى ثم استحقت ونقض لا يرجع.

وإذا ثبت بما ذكرنا أن حق البائع قد انقطع في الاسترداد كان للشفيع أن يأخذ بشفعته بالقيمة؛ لأن البيع الفاسد لا يوجب الشفعة مادام حق الاسترداد باقيًا، فلمَّا انقطع حق البائع بالبناء في الاسترداد عند أبي حنيفة رضي الله عنه كان للشفيع الشفعة؛ لأنه لمَّا انقطع حق البائع صار هذا بمنزلة البيع الصحيح فينتقض الشفيع بناء المشتري.

كَالبَيْعِ، بِخِلَافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ التَّسْلِيطُ، وَلِهَذَا لا يَبْطُلُ

وإن باعها المشتري من آخر فالشفيع أخذ هذا بالبيع الثاني بالثمن، أو بالبيع الأول بالقيمة وإن كان لا شفعة في البيع الفاسد؛ لأن هاهنا انقطع حق البائع، وإن وهبها المشتري يأخذ الشفيع بالبيع الفاسد بالقيمة، واتفقت الروايات أن الطلب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء.

فإن قيل: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه إذا انقطع حق البائع في الاسترداد بالغرس والبناء، فالشفيع يأخذها بالشفعة وينتقض البناء والغرس لحق الشفيع، فإذا وجب نقض البناء والغرس لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجبَ نقضهما لحق البائع وفيه إعلام الفاسد بالطريق الأَوْلَى.

قلنا: لا يلزم من نقض البناء لحق الشفيع نقضه لحق البائع؛ لأن البائع جان والشفيع برئ عن الجيانة؛ ولأن البائع سلطه على الغرس والبناء دون الشفيع.

فإن قيل: إذا نقض البناء والغرس على تقدير الأخذ بالشفعة يجبُ أن يعود حق البائع في الاسترداد لقيام المقتضي لولاء الاسترداد وزوال المانع منه وهو البناء، كما إذا باع المشتري شراءً فاسدًا من إنسان بيعًا صحيحًا ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجوه يعود حق البائع في الاسترداد لزوال المانع.

قلنا: المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وإنه مانع من الاسترداد أيضًا، ألا ترى أن المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثانِي، ولم يقل هناك لمَّا نقض البيع الثانِي صار كأن البيع الثانِي لم يكن، فيجب أن يعود حق البائع في الاسترداد بل لا يعود حق البائع في الاسترداد؛ لأن نقض البيع الثانِي إنما كان لحق الشفيع ومقتضى التمليك بالشفعة إنما كان بذلك البيع، فلا يثبت على وجه يبطل به حق الشفيع؛ وذلك لأن النقض إنما وجبَ ضرورة إبقاء حق الشفيع، فصار النقض مقتضي صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى مناقضًا للمقتضي وهو التسليم إلى الشفيع؛ ولأنه لم ينتقض إلا وحق الشفيع يخلفه، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام، والمرغينانِي، والتمرتاشي رحمهم الله.

بِهِبَةِ الْمُشْتَرِي وَبَيْعِهِ فَكَذَا بِبِنَائِهِ، وَشَكَّ يَعْقُوبُ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ بِالْبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الِاخْتِلَافِ.

قوله: وَشَكَّ يَعْقُوبُ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لا في مذهب أبي حنيفة رحمه الله، بأن حق البائع قد انقطع من الاسترداد بسبب البناء والغرس، والدليل على ذلك ما نصَّه محمد رحمه الله على الاختلاف في الشفعة فيه، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراءً فاسدًا، أو بنى فيها، أو غرس، وعندهما لا شفعة للشفيع فيها، فاستحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد، وعدم استحقاق الشفعة مبني على بقاء حق البائع في الاسترداد؛ وذلك لأنه لا شفعة في البيع الفاسد ما دام حق الاسترداد باقيًا لئلا يؤدي إلى تقرير الفساد، ولمَّا لم يشك في مذهب أبي حنيفة رحمه الله في حق ولاية طلب الشفعة للشفيع في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراءً فاسدًا، أو بنى فيها، أو غرس، وجبَ أن لا يشك في مذهبه أيضًا في أن حق البائع قد انقطع عن الاسترداد ببناء المشتري فيها، أو بغرس الأشجار فيها، ولمَّا انقطع حقه عن الاسترداد وجبت القيمة على المشتري، إلى هذا أشار شيخ الإسلام رحمه الله في «المبسوط».

فعلى هذا كان قوله: وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ، إلى آخره، لتأكيد قوله: وَشَكَّ يَعْقُوبُ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لا في مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ بِالْبِنَاءِ، فكل من يقول بانقطاع حق البائع يقول بثبوت الشفعة للشفيع، وكل من يقول ببقاء حق البائع في الاسترداد يقول بأنه لا شفعة للشفيع.

قوله: وَثُبُوتِهِ، بالرفع عطفًا على قوله: مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ، أي: وثبوت حق الشفعة على الاختلاف، فعند أبي حنيفة رضي الله عنه يثبت حق الشفعة، فكان حق انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتًا، وعندهما لا يثبت حق الشفعة؛ لأنه لم ينقطع حق البائع عندهما في الاسترداد.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ وَيَطِيبُ لِلْبَائِعِ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ) وَالفَرْقُ أَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِهَا فَيَتَمَكَّنُ الخُبْثُ فِي الرِّبْحِ، وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لا يَتَعَيَّنَانِ عَلَى العُقُودِ،

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا - أي: الجارية - وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ وَيَطِيبُ لِلْبَائِعِ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ، والأصل فيه أن المال على نوعين: نوع يتعين في العقد، ونوع لا يتعين.

والخبث نوعان: خبث لعدم الملك، وخبث لفساد الملك، والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين جميعًا، حتى أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة، والوديعة والمغصوب عرض، أو من النقود، وأدّى ضمانها للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن فيما يتعين بالتعيين هذا بدل مال الغير؛ فتثبت حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين بالتعيين لم يكن بدل مال الغير؛ لأن العقد لا يتعلق به بل يتعلق بمثل ذلك في الذمة، لكن إنما يتوسل إلى الربح بأداء المغصوب، والوديعة تمكن فيه شبهة الربح فيتصدق بالربح، والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يتعين، وشبهة الشبهة فيما لا يتعين، فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن، وهذا على الرواية التي لا تتعين الدراهم والدنانير للرد في البيع الفاسد، أمّا على الرواية التي يتعين يكون بمنزلة المغصوب، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لا يَتَعَيَّنَانِ، ومعنى عدم التعيين فيهما أنه لو أشار المشتري إليهما بأن قال: اشتريتُ منك هذا العبد بهذه الدراهم، كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها من الدراهم؛ لما أن الثمن عند المشتري يجب في ذمة المشتري لا بأعيان تلك الدراهم المشار إليها.

قوله: فِي العُقُودِ، أي: عقود البياعات، فيه يقع الاحتراز عن الغصوب، والودائع، والشركات.

فَلَمْ يَتَعَلَّقَ العَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يَتَمَكَّنَ الخُبْثُ فَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ، وَهَذَا فِي الخُبْثِ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ المِلْكِ، أَمَّا الخُبْثُ لِعَدَمِ المِلْكِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَشْمَلُ النَّوعَيْنِ لِتَعَلُّقِ العَقْدِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً، وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَلَامَةُ المَبِيعِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِنْدَ فَسَادِ المِلْكِ تَنْقَلِبُ الحَقِيقَةُ شُبْهَةً وَالشُّبْهَةُ

فإن قلتَ: قد ذكر قبيل هذا بخطوط: أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ المَغْصُوبِ، فكيف ذكر هاهنا بأنَّها لا تتعين؟

قلتُ: فيه اختلاف الروايتين بأنَّها تتعين أو لا تتعين، فذكر هذه المسألة مبنية على قول من يقول بأنَّها لا تتعين، وإن لم تكن هي أصح على ما ذكرنا من رواية «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: فَلَمْ يَتَعَلَّقَ العَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا، أي: لم يتعلق شراء البائع بعين الدراهم الجارية التي باعها.

قوله: وَهَذَا فِي الخُبْثِ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ المِلْكِ، أي: وهذا الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين.

قوله: أَمَّا الخُبْثُ لِعَدَمِ المِلْكِ، كالجارية المغصوبة، والدراهم المغصوبة، والوديعة تشمل النوعين وهما: النقود، والعروض.

قوله: مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ - أي: بما لا يتعين - سَلَامَةُ المَبِيعِ - بأن نقد من الدراهم المغصوبة - أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ، بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها.

قوله: وَعِنْدَ فَسَادِ المِلْكِ تَنْقَلِبُ الحَقِيقَةُ شُبْهَةً وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، حقيقة الخبث فيما يتعين بالتعيين، وشبهة الخبث فيما لا يتعين بالتعيين، واللام في: الحَقِيقَةِ، و: الشُّبْهَةِ، للمعهود، أي: صار الخبث بسبب الفساد فيما يتعين نظير الخبث لعدم الملك فيما لا يتعين فوجب التصدق بالربح، وأمَّا فيما لا يتعين لمَّا كان عند حقيقة الخبث وهو الخبث

تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَقَضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَقَدْ رَبِحَ الْمُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ)؛ لِأَنَّ الْخُبْثَ لِفَسَادِ الْمِلْكِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِالتَّسْمِيَةِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ الْمُسْتَحِقِّ مَمْلُوكٌ

لعدم الملك لا يثبت إلا شبهة الخبث، فعند شبهة الخبث وهي الخبث بسبب الفساد لو ثبت يثبت شبهة الشبهة، وذلك غير معتبر بالحديث، وهو ما رُوي: «أنه صلَّى الله عليه وسلَّم نهى عن الربا والرِّيبة» والرِّيبة هي الشبهة، ولم نعتبر النازل عنها؛ لأن شبهة الشبهة لو كانت معتبرة لكانت دونها معتبرة أيضًا، فإذن لا يكون البيع خاليًا عما يشبه الشبهة فيؤدي حينئذٍ إلى انسداد باب التجارة وهو مفتوح؛ ولأن الأصل في الكسب التوسعة، وقد عدل عن هذا الأصل في حق الشبهة فبقي ما انحط عنها على الأصل.

قوله: لِأَنَّ الْخُبْثَ لِفَسَادِ الْمِلْكِ هَاهُنَا؛ لأنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه وهو الدين، فإذا ظهر أنه لم يكن عليه دين كان المقبوض بدل المستحق، وبدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا والخبث لفساد الملك لا يظهر فيما لا يتعين، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَبَدَلُ الْمُسْتَحِقِّ، البدل هو الدراهم المقبوضة، والمستحق هو الدين؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِالتَّسْمِيَةِ، وهو دعواه على آخر مالًا.

قوله: ثُمَّ اُسْتُحِقَّ - أي الدين - بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ الْمُسْتَحِقِّ مَمْلُوكٌ، سواء كان المستحق عينًا أو دينًا، أمَّا عينًا فإنه إذا اشترى عبدًا بجارية ثم أعتق العبد فاستحقت الجارية يصح عتق العبد، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكًا لما صح عتق العبد مع أن العبد هنا بدل الجارية المستحقة، والعتق لا يجوز في غير الملك لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»، فلمَّا ملك بدل المستحق فيما كان المستحق ممَّا يتعيّن فأَوْلَى أن يملك بدل المستحق فيما لا يتعين وهو الدين، وهو الذي نحن فيه.

فَلَا يَعْمَلُ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الكبير» في تعليل ما نحن فيه وقال: لأنه قبض الدراهم بدلًا عمًّا يزعم أنه ملكه وهو الدين في الذمة؛ إذ الديون تقضى بأمثالها، ثُمَّ لمَّا ظهر أنه لم يكن عليه دين كان المستحق وهو الدين في الذمة، والدراهم بدل المستحق، وبدل المستحق مملوكٌ بدليل ما لو حلف وقال لغريمه: والله لا أفارقك حتى استوفى منك حقي، ثم باعه المديون عبدًا لغيره بذلك الدين، ثم فارقه الحالف بعد ما قبض العبد، ثم إن مولى العبد استحقه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف؛ لأن المديون مالك ما في ذمته بهذا البيع؛ لأن ثمن المستحق مملوك فلا يحنث الحالف، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِيمَا يُكْرَهُ)

قَالَ: (وَنَهَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ النَّجْشِ) وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرَغِّبَ غَيْرَهُ وَقَالَ «لَا تَنَاجَشُوا».

قَالَ: (وَعَنِ السَّوْمِ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ) قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لَا يَسْتَمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»؛ وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِيحَاشًا وَإِضْرَارًا،

فصل فيما يكره

والمكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن هو شعبة من شعب الفاسد، فلذلك ألحق المكروه بالفاسد، وأخَّر ذكرها.

النَّجَشِ: بفتحتين أن تَسْتَام السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها، بل ليراك الآخر فيقع فيه، وكذا في النكاح وغيره، ومنه الحديث: «نَهَى عَنِ النَّجْشِ»، ورُوي بالسكون، و«لَا تَنَاجَشُوا»، أي: ولا تفعلوا ذلك، كذا في «المغرب».

وذكر في «شرح الطحاوي» في مسألة النجش: وهذا - أي النهي - فيما إذا طلب الراغب فيها من صاحبها بمثل ثمنها، وأمَّا إذا كان الراغب فيها يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها إلى ما يبلغ قيمتها فلا بأس به وإن لم يكن له رغبة في ذلك.

قوله: لا يَسْتَمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ، هذا نفي في معنى النهي وهذا أبلغ، كما أن إخبار الشارع أبلغ في استدعاء الوجوب من الأمر، فصورة السوم على سوم غيره هي ما ذكره في «شرح الطحاوي» فقال: صورته أن يتساوم الرجلان على السلعة، والمشتري والبائع رضيا

وَهَذَا إِذَا تَرَاضَى المُتَعَاقِدَانِ عَلَى مَبْلَغٍ ثَمَنًا فِي المُسَاوَمَةِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَرْكَنْ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ فَهُوَ بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ وَلا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ مَحْمَلُ النَّهْيِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا.

قَالَ: (وَعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ) وَهَذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهْلِ البَلَدِ فَإِنْ كَانَ لا يَضُرُّ فَلا بَأْسَ بِهِ، إِلَّا إِذَا لَبَّسَ السِّعْرَ عَلَى الوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الغُرُورِ وَالضَّرَرِ.

بذلك، ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه واشترى منه، فإنه يجوز في الحكم ولكنه يكره، وهذا إذا جنح قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب منه من الثمن، وأمّا إذا لم يجنح قلبه إليه ولم يرض بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه؛ لأن هذا بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ، وقد رُوي عن أنس رضي الله تعالى عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ»، وكذلك الرجل إذا خطب امرأة وجنح قلبها إليه يكره لغيره أن يخطبها، وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس لغيره أن يخطبها.

قوله: وَمَا ذَكَرْنَاهُ مَحْمَلُ النَّهْيِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا، أي: يكره الخطبة على خطبة غيره إذا تراضى المتعاقدان على المهر وركن أحدهما إلى الآخر، وأمّا إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فلا بأس بالخطبة.

قوله: وَعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ، جلبَ الشيء: جاء به من بلدٍ إلى بلدٍ للتجارة جلبًا، والجلب المجلوب، ومنه: «نَهى عن تلقي الجلب»، كذا في «المغرب».

وذكر في «شرح الطحاوي»: وصورته هي أن واحدًا من أهل المصر أُخبر بمجيء قافلة بمبرة عظيمة، وأهل المصر في قحط وجدوبة، فيلقاهم ذلك الواحد واشترى منهم جميع ما يمتارون وأدخله المصر، ويبيعه على ما أراده من الثمن، ولو تركهم وأدخلوا مبرتهم بأنفسهم وباعوها من أهل المصر متفرقًا توسّع أهل المصر بذلك، فإذا كان الأمر على ما وصفنا فهو مكروه، وإن كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فإنه لا يكره، ثم قال:

قَالَ: (وَعَنْ بَيْعِ الحَاضِرِ لِلْبَادِي) فَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يَبِعِ الحَاضِرُ لِلْبَادِي» وَهَذَا إِذَا كَانَ أَهْلُ البَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَهْلِ البَدْوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الغَالِي لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِهِمْ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ. قَالَ: (وَالبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الجُمُعَةِ) قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا البَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَاجِبِ السَّعْيِ عَلَى بَعْضِ الوُجُوهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَذَانَ المُعْتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

وقال بعضهم: صورته أن يتلقاهم رجل من أهل المصر فاشترى منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بسعر المصر فالشراء جائز في الحكم ولكنه مكروه؛ لأنه غرَّهم سواء تضرَّر به أهل المصر أو لم يتضرروا به.

قوله: وَعَنْ بَيْعِ الحَاضِرِ لِلْبَادِي، قيل: هو أن يتولى عمَّن جاء خارج المصر ليغالي في القيمة.

وذكر في «شرح الطحاوي»: صورته أن الرجل إذا كان له طعام وعلف وأهل المصر في قحط منهما وهو لا يبيعهما من أهل المصر حتى تتوسعوا، ولكنه يبيعهما من أهل البادية بثمن غال وهم يتضررون بذلك فهو مكروه، وأمَّا إذا كان أهل المصر في سعة ولا يتضررون بذلك فلا بأس ببيعهما منهم.

فعلى ما ذكره في «شرح الطحاوي» كان اللام في: لِلْبَادِي، بمعنى من، أي: من البادي.

العَوز: الضيق، وأن يعوزك الشيء، أي: يقل عندك وأنت محتاج إليه، يقال: أعوزني المطلوب، أي: أعجزني، كذا في «المغرب».

قوله: ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَاجِبِ السَّعْيِ عَلَى بَعْضِ الوُجُوهِ، يعني: إذا قعدا أو وقفا قائمين لأجل البيع، وأمَّا إذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك، كذا ذكره أبو اليُسر رحمه الله في «أصول الفقه».

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَذَانَ المُعْتَبَرَ فِيهِ، وهو **قوله:** المُعْتَبَرَ هُوَ الأَذَانُ الأَوَّلُ إِذَا كَانَ

قَالَ: (وَكُلُّ ذَلِكَ يُكْرَهُ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَلا يَفْسُدُ بِهِ البَيْعُ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي مَعْنًى خَارِجٍ زَائِدٍ لا فِي صُلْبِ العَقْدِ وَلا فِي شَرَائِطِ الصِّحَّةِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ) وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ»؛ وَلِأَنَّهُ بَيْعُ الفُقَرَاءِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى نَوْعٍ مِنْهُ.

قَالَ: (وَمَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الآخَرِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ»، «وَوَهَبَ النَّبِيُّ

بَعْدَ الزَّوَالِ.

قوله: وَكُلُّ ذَلِكَ يُكْرَهُ، أي: المذكور من أول الفصل إلى هاهُنا.

قوله: وَلا يَفْسُدُ بِهِ البَيْعُ، حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض.

قوله: وَتَفْسِيرُهُ مَا بَيَّنَّا، وهو استيام الرجل على سوم الآخر قبل أن يركن أحدهما إلى الآخر، إلى أن قال: فَهُوَ بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ.

قوله: نَوْعٍ مِنْهُ، أي: نوع من البيع المكروه، وإنما فصَّل هذا عن ذلك؛ لأن هذا الذي يذكر مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد في الكراهة وهو التفريق، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لكثرة تفريعه يكفي لفصل على حدة، وإن كان أصله يرجع إلى معنى واحد، كقبيلة اجتمعت ولها قرابات يكفي لكونها قرية بقبيلتها نفسها، بخلاف الأول؛ فإن فيه مسائل شتى ولها أصول مختلفة؛ أو لأن الكراهة في الذي يذكر لمعنى راجع إلى المعقود عليه، والكراهة في الذي ذكره لمعان راجعة إلى غير المعقود عليه.

قوله: وَمَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ، ذكر لفظ الملك ليتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة، والوصية، والشراء، والإرث.

- صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ - غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بِعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أَدْرِكْ أَدْرِكْ، وَيُرْوَى: أَرْدِدْ أَرْدِدْ»؛ وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالكَبِيرِ، وَالكَبِيرَ يَتَعَاهَدُهُ، فَكَانَ فِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الِاسْتِئْنَاسِ، وَالمَنْعُ مِنَ التَّعَاهُدِ وَفِيهِ تَرْكُ المَرْحَمَةِ عَلَى الصِّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْهِ ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ بِالقَرَابَةِ المُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ،

قوله: قَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا»، الحديث، فالوعيد جاء في التفريق فكان التفريق غير مباح، ولم يتعرض للبيع فلذلك لم نقل بعدم جواز البيع، ولكن لمَّا كان سبب التفريق المورث للوعيد البيع قلنا بكراهة البيع.

قوله: وَيُرْوَى: أَرْدِدْ، أي: استردَّ.

قوله: وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْهِ، أي: أوعد النبي صلَّى الله عليه وسلَّم من لم يرحم بالتفريق بقوله: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ»، الحديث.

قوله: ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ بِالقَرَابَةِ المُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ، أي: المنع عن التفريق معلول بها لكن بشرط أن يكون كلاهما أو أحدهما صغيرًا؛ لما نذكر بعد هذا من تفريق النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بين أمتين كبيرتين، فعُلِم بهذا أن إطلاق قوله: ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ، إلى آخره مقيد بالصغر في الكل أو في البعض.

فإن قلتَ: لو كان منع التفريق معلولًا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق أبدًا عند وجود هذه العلة، وقد جاز التفريق في سبعة مواضع مع وجود هذه العلة، وإن كان أحدهما صغيرًا فبعد ذلك إمَّا أن يقول في حق تلك المواضع بتخصيص العلة وهو غير جائز عند عامَّة مشايخنا، أو لفساد الكل وهو غير جائز عند الكل.

أمَّا المواضع فالأول: ما إذا صار أحد المملوكين وهما ذو رحم محرم في ملكه إلى حال لا يمكن للمولى بيعه، فلا بأس بأن يبيع الذي هو محل البيع وإن حصل فيه التفريق،

....

نحو أن يدبر أحدهما أو يستولد إن كانت أمة.

والثانِي: أنه إذا جنى أحدهما جنايةً في بني آدم فلا بأس بأن يدفع المولى الجانِي منهما وإن حصل فيه التفريق، مع أن المولى مخيَّر بين الدفع والفداء في الجناية، وكذا إذا استهلك أحدهما مال إنسان فإنه يباع فيه مع أن للمولى ولاية المنع عن البيع بأداء قيمته.

والثالث: أن الحربي الذي له مملوكان صغيران وهما ذو رحم محرم يبيعُ أحدهما يجوز للمسلم أن يشتريه، وفي الموضع الذي يكره التفريقُ بالبيع للبائع يكره للشمتري شراؤه أيضًا، وهاهنا لا يكره شراؤه وإن لزم فيه التفريق.

والرابع: أنه لو كان ثلاثة إخوة في ملك رجل، وأحدهم صغير والأخوان كبيران يجوز للمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحسانًا وإن لزم فيه تفريق أحد المملوكين وأحدهما صغير.

والخامس: أنه لو اشتراهما جميعًا لنفسه ثم وجد بأحدهما عيبًا كان له أن يرده ويمسك الباقي، هذا هو ظاهر الرواية مع لزوم التفريق باختياره.

والسادس: أنه يجوز أن يكاتب أحدَهما، أو يعتق على مال أو غير مال وفيه إخراج عن ملكه، فكان فيه تفريق باعتبار الإخراج.

والسابع: أنه إذا كان في ملك رجل أمة ولها ولد صغير مراهق يجوز له أن يبيع الصغير باختياره ورضاء أمه، والمسائل من «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«شرح الطحاوي».

قلتُ: نقول في هذه المواضع كما يقول في الصورة التي يدعي فيها تخصيص العلة من تجوّزه فنقول: المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح، لكن هذه العلة ينعدم عند وجود علة أقوى منها، فكان تخلّف الحكم هناك لانعدام علتنا هذه عند عامة مشايخنا، وعند من يجوز تخصيص العلة كانت هذه العلة موجودة، إلا أنَّها لم تعمل لوجود علة أقوى منها فكان فيه تخصيص هذه العلة، فنُبين بتوفيق الله تعالى ذكر تلك العلة التي هي مُعْدِمة هذه العلة، أو هي أقوى من هذه، فعُمل بالأقوى في هذه المواضع بطريق التفصيل.

أمَّا الأول: فإنه لمَّا لم يتمكن من بيع أحدهما لمعنًى شرعي، ثم لو منعناه عن بيع

....

الآخر لحقَ المولى الضررُ فيه، ونحن إنما لا نبيح التفريق بينهما مع أن الدليل يقتضي جواز التفريق؛ لما أنه يتصرف في ملكه لئلا يلزم نوع ضرر بالمملوك، وذلك إنما يُتحمل إن لو لم يتضرر المولى فيه، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، فعند تعارض الضررين حمل نفي الضرر إلى جانب المولى أوْلَى من الحمل إلى جانب المملوك؛ لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه.

وكذلك نقول في جواب الثاني: فإنا لو ألزمنا الفداء على المولى بدون اختياره بسبب نفي ضرر التفريق عن الصغير لتضرر المولى، وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره.

وأمَّا الجواب عن الثالث: فإنا إنَّما نجوِّز التفريقَ لئلا يتضرر الصغير، ولو لم نجوز شراء المسلم منه عند بيع أحدهما لذهب الحربيّ بهما إلى دار الحرب، وضرر نشئه في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة، أمَّا في الدنيا فعرضيَّة الأسر والقتل؛ لأن الظاهر من ينشأ في حال صغره بينهم كان على دينهم وفيه ذلك، وأمَّا ضرر الآخرة فظاهر.

وأمَّا الرابع: فإن منع التفريق لحق الصغير وحقه مرعي إذا كان معه أخويه الكبيرين، فإنه يستأنس بِهما، ويقوم الكبير بحوائجه، فلذلك لم يكن ببيع الآخر بأسٌ عملًا بالدليل الذي هو قيام الملك، فإن قيام الملك مطلق لجميع التصرفات، مع أن فيه رواية عن أبي يوسف رحمه الله أنه يكره أيضًا.

وأمَّا الجواب عن الخامس فهو الجواب عن السؤال الثانِي؛ لأن هذا تفريق لحق مستحق في أحدهما، فيجوز كالدفع بالجناية، والبيع بالدين؛ وذلك لأن المثبت لحق الرد له هو العيب، وهو المقصور على المعيب حقيقةً وحكمًا، فلا يتمكن به من رد الآخر بعد تمام الصفقة، فلزم جواز التفريق ضرورة عدم جواز ردِّ غير المعيب؛ لما أن رد السالم عن العيب حرام من كل وجه، والتفريق مكروه فيما فيه الكراهة، والاحتراز عن الحرام أوْجَب عن الاحتراز عن المكروه.

وأمَّا السادس: فإن الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجود لا التفريق؛ وذلك لأن

حَتَّى لا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، وَلا يَدْخُلُ فِيهِ الزَّوْجَانِ

المعتَق أو المكاتب صار أحق بنفسه، فيدور هو حيثما دار أخوه، ويتعاهد أموره على ما أراد، والاعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في إبقائهما جميعًا مع زيادة وصفٍ وهي استبداده بنفسه.

وأمَّا السابع: فإن ما هو المذكور من الجواب فيه اختيار بعض المشايخ، ووجهه أن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بِهما، فلمَّا رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز، وهذا كله ممَّا أشارت إليه تلك الكتب التي عددتها في السؤال.

قوله: حَتَّى لا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ - كالرضاع والمصاهرة؛ فإنه لو كان أمة وابنها من الرضاع، أو كان صبيًّا وامرأةَ أبيه يجوز التفريق بينهما - وَلا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، كأولاد الأعمام، والعمات، والخالات؛ لأن النص ورد على خلاف القياس؛ لأن القياس يقتضي أن يجوز التفريق؛ لأن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء من الجمع والتفريق كما لو كانا كبيرين، وكما في غير بني آدم.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكره مع دعوى خلاف القياس مخالف لما ذكر قبله من المعنى المعقول، وهو قوله: وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالكَبِيرِ، إلى آخره، فلمَّا ورد هذا النص موافقًا للمعنى المعقول كيف تصح الدعوى بعد ذلك أنه مخالف للقياس؟

قلتُ: الشارع موصوف بالحكمة، ومن الحكمة هو أن لا يتناقض حججه، والعقل حجة شرعية كالنص، فلا بُدَّ أن يكون ورود النص موافقًا للمعنى المعقول، إلا أنا لمَّا لم ندرك حقيقةً في نصٍّ معنًى معقولًا، أو لم ندركه من حيث الظاهر الذي هو مسمى بدليل القياس لقصور فهمنا سميناه نصًّا ورد بخلاف القياس، ألا ترى أنا نقول: إن حديث القهقهة في نقض الطهارة ورد مخالفًا للقياس، وإن كان فيه معنى معقول في نقض الطهارة من وجه آخر، وهو أن الصلاة مناجات الرب وهو أعلى مقامات العبد، فلمَّا صدر منه فعل هو معصية في مثل هذا المقام يُنبئ عن الغفلة جُوزي بمنع مقصوده من المضيّ على الصلاة بتلك الطهارة، فأوْجَب نقض الطهارة لذلك.

حَتَّى جَازَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِهِ، وَلا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ لِمَا ذَكَرْنَا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَيْنِ لَهُ وَالآخَرُ لِغَيْرِهِ لا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا،

وكذلك نقول: إن حديث بقاء الصوم في أكل الناسي ورد بخلاف القياس، وإن كان فيه معنى معقول وهو أن كتاب الله تعالى موجب فساد الصوم إذا ترك الإتمام مختارًا؛ لأن الله تعالى أمرنا بذلك بقوله: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، والإتمام هو أن لا يترك الصوم مختارًا، وهذا ليس بمختار بل هو محمول عليه من جانب من له الحق؛ لأنه لا يقدر على أن لا ينسى، فعلى هذا كان بقاء صوم الناسي معقولًا.

وكذلك نقول في نص السلم: إنه ورد على خلاف القياس وإن كان شرعه لأجل دفع الحاجة، وإنه بيعُ المفاليس، وشرعه لأجل الحاجة معنًى معقولٌ وإن كان معدومًا في الحال، وكذلك في عامة ما ورد من النصوص بخلاف القياس، عُلم بهذا أن مطلق وجود المعنى لا يدل على أن يكون النص معقول المعنى، بل كان النص مخالفًا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر، وهاهنا كذلك؛ لأن المملوكين الصغيرين ملكُه، والملك عبارة عن المطلق الحاجز، والقياس الظاهر يقتضى أن يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق، كما يجوز تصرفه في سائر الأملاك سوى العبيد والإماء، وفيهما أيضًا، وفي الكبيرين، فلمَّا ورد النص بالحجز عن التفرق في الصغيرين سمّي النص نصًا بخلاف القياس، لمخالفته الدليل الظاهر، وإن كان فيه معنى معقول من وجهٍ آخر كما في النظائر.

قوله: حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَيْنِ لَهُ وَالآخَرُ لِغَيْرِهِ لا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، اعتبارًا لتفريق الملك حقيقةً.

ثم ذكر الغير مطلقًا في قوله: وَالآخَرُ لِغَيْرِهِ، ليتناول جميع من هو غير للمالك، سواءٌ كان ذلك الغير ابنًا صغيرًا له، أو كبيرًا، وهما في مؤنته أو لا، وسواء كان زوجته أو مكاتبه، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي»: وإن كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير، وهو يملك بيعهما جميعًا فلا بأس ببيع أحدهما؛ لأنَّهما لم يجتمعا في ملك مالكٍ واحدٍ،

وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقٍّ مُسْتَحِقٍّ لا بَأْسَ بِهِ كَدَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالجِنَايَةِ وَبَيْعِهِ بِالدَّيْنِ وَرَدِّهِ بِالعَيْبِ؛ لِأَنَّ المَنْظُورَ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لا الإِضْرَارُ بِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ فَرَّقَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَجَازَ العَقْدُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الوِلادِ وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِمَا رَوَيْنَا، فَإِنَّ الأَمْرَ بِالإِدْرَاكِ وَالرَّدَّ لا يَكُونُ إِلَّا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ.

فلما لم يكره بيع أحدهما فيما إذا كان أحدهما في ملك ولده الصغير، أو زوجته، فلأن لا يكره بيع أحدهما فيما إذا كان أحد المملوكين في ملك الآخر وإن كان ألصق وأقرب به بالطريق الأَوْلَى.

ثم كما يجوز بيع أحدهما إذا كان أحد المملوكين في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير، كذلك لا يجوز في ضده أيضًا، فإن اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغي له أن يبيع أحدهما من ابن صغير له في عياله؛ لأن هذا تفريق بينهما في البيع والملك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقٍّ مُسْتَحِقٍّ لا بَأْسَ بِهِ - أي بالتفريق - كَدَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالجِنَايَةِ، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: إذا جنى أحدهما أنه يُستحب الفداء؛ لأنه مخيَّر بين أن يدفع أو يفدي، فكان الفداء أَوْلَى، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الوِلادِ، فعلى هذه الرواية فُرق بين القرابات؛ لقوة الولادة، وضعف القرابة المتجردة عن الولادة، وحمل قوله صلَّى الله عليه وسلَّم لعلي رضي الله تعالى عنه في هذه الرواية: أَدْرِكْ، على طلب الإقالة[1]، أو بيع الآخر ممَّن باع منه أحدهما، وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، والقياس لهما؛ فإن النهي عن بيع أحدهما لمعنى في غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة، وذلك ليس من البيع في شيء، والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد، كالنهي

---

(١) في نسخة مراد ملا - الثالثة (م٣) تحت السطر: أي: لا على الفساد.

وَلَهُمَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَإِنَّمَا الكَرَاهَةُ لِمَعْنًى مُجَاوِرٍ فَشَابَهَ كَرَاهَةَ الِاسْتِيَامِ (وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمَتَيْنِ أُخْتَيْنِ».

عن البيع وقت النداء، كذا في «المبسوط».

وهذا كله إذا كان المالك مسلمًا، حرًّا كان، أو مكاتبًا، أو مأذونًا له، وأمَّا إذا كان المالك كافرًا فلا يكره التفريق؛ لأن ما فيه من الكفر أعظم، والكفار غير مخاطبين بالشرائع، كذا ذكر في «شرح الطحاوي»، والله أعلم بالصواب.

* * *

(بَابُ الإِقَالَةِ)

(الإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي البَيْعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَقَالَ

بابُ الإقالة

لمَّا كانت الإقالة لرفع المبيع وفسخه ناسبَ أن تُذكر بعد معظم أبواب البيوع؛ لأن الرفعَ يقتضي سبقَ الإثبات، ولها مناسبة خاصة بالبيع الفاسد والمكروه؛ لأنه لما وقع البيع فاسدًا أو مكروهًا وجب على كل واحد من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان لهما من رأس المال؛ صونًا لأنفسهما عن مخالطة المحظور، ولم يكن ذلك إلا بالإقالة؛ لأن وقوع عقدهما محظورًا يستدعي كل واحد من المتعاقدين إلى فسخهما بالتراضي، وهو معنى الإقالة.

ثم اعلم أن قول من يقول: الإقالة مشتقة من القول، والهمزة همزة السلب كأشكي، أي: أزال القول السابق، قول وقع سهوًا لوجوه:

أحدها: ما وجدتُّ بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله صريحًا بهذا القول فقال: وأمَّا الإقالة في باب البيع فليس من باب القول؛ لأنَّهم قالوا: قِلتُه البيع بالكسر، وأقلتُه؛ فدل قِلتُه على أن العين ياء.

والثاني: أن في «الصحاح» أورد إقالة البيع في ذكر القاف مع الياء، لا في ذكر القاف مع الواو فقال: وأَقَلْتُه البيع إقالةً وهو فسخه، ورُبَّما قالوا: قِلتُه البيعَ.

والثالث: ما ذكره في «مجموع اللغة» في: قي وقاله البيع قيلًا، وأقاله فسخه، وهذا الثالث أيضًا بخط الإمام الزرنوجي رحمه الله.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللهُ عَثَرَاتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ»،

نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللهُ عَثْرَاتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ» وَلِأَنَّ العَقْدَ حَقُّهُمَا فَيَمْلِكَانِ رَفْعَهُ دَفْعًا لِحَاجَتِهِمَا (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيَرُدُّ مِثْلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) وَالأَصْلُ أَنَّ الإِقَالَةَ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا،

الحديث، والتمسك بهذا الحديث في إثبات جواز الإقالة ظاهر؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وسلم ندب إلى الإقالة بما يوجب التَّحريضَ إليها من الثواب، عُلم به أن الإقالة مشروعة؛ لأن غير المشروع لا يكون مندوبًا إليه.

قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ الإِقَالَةَ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ، وليس ببيع في حقهما، وفائدة كونها فسخًا في حقهما يظهر في مواضع:

أحدها: هو أن يجب على البائع ردُّ الثمن، وما نطقا فيه العاقدان بخلافه باطل.

والثاني: أن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ولو كانت بيعًا في حقهما أيضًا لبطلت بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع، وتبطل بها عند أبي يوسف رحمه الله في الموضع الذي يجعلها بيعًا.

والثالث: بعد ما تقايلا قبل أن يسترد المبيع من المشتري لو باعه من المشتري جاز البيع؛ لأنه فسخ في حقهما، ولو كان بيعًا لما جاز له أن يبيعه منه قبل القبض، ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع؛ لأن الإقالة في حق غيره بيعًا جديدًا.

وفائدة كونها بيعًا جديدًا في حقِّ غيرهما تظهر أيضًا في مواضع:

أحدها: هو أن المبيع لو كان عقارًا ممَّا يجب فيه الشفْعة، فسلم الشفيعُ الشفعةَ في أصل البيع ثم تقايلا البيع بغير قضاء وعاد المبيع إلى ملك البائع، فطلب الشفيعُ الشفعةَ في الإقالة كان له ذلك؛ لأنَّها بمنزلة البيع في حق ثالث سوى المتعاقدين.

والثانِي: أن البيع لو كان صرفًا فالتقابض من كلا الجانبين شرط لصحة الإقالة، فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد.

إِلَّا أَنْ لا يُمْكِنَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَتَبْطُلُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لا يُمْكِنَ جَعْلُهُ بَيْعًا فَيُجْعَلُ فَسْخًا،

والثالث: أنه لو اشترى شيئًا وقبضه قبل نقد الثمن، ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري، ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز، فصار في حق البائع كأنه ملك بسببٍ جديدٍ.

والرابع: أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا، فليس للواهب أن يرجع فصار كأن البائع اشتراها في حق الواهب، كذا في «شرح الطحاوي».

ثم إنما جعلنا هكذا، وهو أنَّا جعلناها فسخًا في حق المتعاقدين وبيعًا في حق غيرهما عملًا بلفظ الإقالة ومعناها؛ لأن الإقالة لفظًا تنبئ عن الفسخ والرفع على ما ذكر في الكتاب، وهي في المعنى مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو حدُّ البيع، فاعتبرنا اللفظ في حق المتعاقدين واعتبرنا المعنى في حق غير المتعاقدين عملًا بالشبهين.

وإنما لم نعكس بأن نعتبر اللفظ في حق غيرهما والمعنى في حقهما؛ لأنه حينئذٍ يلزم ترك العمل بالمعنى في حق البيع؛ وذلك لأن اللفظ قائم بالمتعاقدين، واللفظ لفظ الفسخ، فلمَّا جعل فسخًا في حق غير المتعاقدين مع أن اللفظ غير قائم بغير المتعاقدين، فلَأَن يجعل فسخًا في حقهما وقد نوياه بالطريق الأولى؛ أو لأنا لما اعتبرنا جانب اللفظ في حقِّ المتعاقدين لقيام اللفظ بهما، تعيَّن العمل بالمعنى في حقِّ غيرهما لا محالة للعمل بالشبهين.

قوله: إِلَّا أَنْ لا يُمْكِنَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَتَبْطُلُ، بأن ولدت المبيعة ولدًا بعد القبض؛ لأن الزيادة بعد القبض إذا كانت منفصلةً فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه تعذر تصحيحها فسخًا بسبب الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعة من فسخ العقد حقًّا للشرع، وأبو حنيفة رحمه الله لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ.

قوله: وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لا يُمْكِنَ جَعْلُهُ بَيْعًا فَيُجْعَلُ فَسْخًا، كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض، أو تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما،

إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فَتَبْطُلُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ فَسْخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَيُجْعَلُ بَيْعًا إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فَتَبْطُلُ. لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسْخِ

فالإقالة في هذه تجعل فسخًا؛ لأنه تعذر جعلها بيعًا فتجعل فسخًا.

قوله: إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فَتَبْطُلُ، أي: إلا أن لا يمكن جعله فسخًا أيضًا فحينئذٍ تبطل الإقالة في نفسها، كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض؛ لأن هلاك المبيع يمنع الإقالة، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة؛ لأنه تعذَّر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخًا أيضًا؛ لأن الفسخ إنما يكون في الثمن الأول وقد سمّيا ثمنًا آخر، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ فَسْخٌ، كما قاله أبو حنيفة رحمه الله، حتى لو تقايلا بمثل الثمن الأول أو بالأقل يكون فسخًا.

قوله: إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهُ فَسْخًا، بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول، أو بخلاف جنس الثمن الأول فهو بيع كما قاله أبو يوسف رحمه الله.

قوله: إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ - جعله بيعًا ولا فسخًا - فَتَبْطُلُ، كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض على ما ذكرنا.

وذكر صورةً أخرى في «الذخيرة» لما لا يمكن جعلها بيعًا ولا فسخًا في إقالة العبد المأذون، فقال: العبد المأذون له في التجارة إذا ابتاع جاريةً بألفٍ، ثم إن العبد أقال البيع في الجارية فهو على وجهين: إمَّا أن كانت الإقالة قبل قبض المشتري الجارية، أو بعد قبضه إيَّاها، وجُعل كل وجه على وجهين: إما أن كان الثمن موهوبًا، أو غير موهوب، فإن كانت الإقالة قبل قبض الجارية والثمن غير موهوب تصح الإقالة فسخًا عندهم إلا في فصل وهو ما إذا حصلت الإقالة، بخلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك تبطل الإقالة عندهم، فأمَّا في سائر الفصول فلا يبطل فيجعل فسخًا؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا جديدًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وأمكن جعلها فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب للمأذون؛ لأنه لا يكون

وَالرَّفْعِ. وَمِنْهُ يُقَالُ: أَقِلْنِي عَثَرَاتِي فَتُوَفَّرُ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ: وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي. وَهَذَا هُوَ حَدُّ الْبَيْعِ،

فسخًا بغير ثمن فيُجعل فسخًا.

وأمَّا إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول؛ فلأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأنه يكون بيع المنقول قبل القبض حينئذٍ تعذر اعتبارها فسخًا أيضًا؛ لأن الفسخ ما يكون بمثل الثمن الأول فبطلت ضرورة.

وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون فالإقالة باطلة عندهم جميعًا في الفصول كلها؛ لأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا لحصولها قبل القبض في المنقول، تعذر اعتبارها فسخًا لما كان الثمن موهوبًا؛ لأنه يكون فسخًا بغير ثمن والمأذون لا يملك ذلك؛ لأنه يكون تبرعًا.

وذكر فيها أيضًا: ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الإقالة إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، فأمَّا إذا حصل بلفظ المفاسخة، أو المتاركة، أو الرد، فإنَّها لا تجعل بيعًا وإن أمكن جعلها بيعًا.

قوله: فَتُوَفَّرُ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ، أي: فتوفر على اللفظ قضية اللفظ، أي: ما اقتضاه من موضوعه اللغوي، وقضية لفظ الإقالة هاهُنا الفسخُ والرفعُ فيجعل فسخًا.

قوله: وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي، وَهَذَا هُوَ حَدُّ الْبَيْعِ، فيجعل بيعًا.

فإن قيل: ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الإقالة أصلًا، ولو كان لفظ الإقالة محتملًا لمعنى البيع لانعقدَ به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا.

قلنا: رُوي عن بعض المشايخ أنه ينعقد فيمنع، ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو أن قوله: أقلتُك العقدَ في هذا العبد بألف درهم، ولم يكن بينهما عقد أصلًا تعذر تصحيحها بيعًا؛ لأن الإقالة أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها، وما نحن بصدده ليس كذلك؛ لأن الإقالة أضيفت إلى ما له وجودٌ، أعني: به سابقة العقد قبلها، فلم يلزم من إرادة المجاز

وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِ السِّلْعَةِ وَيُرَدُّ بِالعَيْبِ وَتَثْبُتُ بِهِ الشُّفْعَةُ وَهَذِهِ أَحْكَامُ البَيْعِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرَّفْعِ وَالفَسْخِ كَمَا قُلْنَا، وَالأَصْلُ إِعْمَالُ الأَلْفَاظِ فِي مُقْتَضَيَاتِهَا الحَقِيقِيَّةِ، وَلَا يُحْتَمَلُ ابْتِدَاءُ العَقْدِ لِيُحْمَلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِهِ؛

من اللفظ في موضع؛ لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادةُ المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَيُرَدُّ بِالعَيْبِ، يعني: إذا وجد البائع بعد الإقالة عيبًا حدث عند المشتري يرده.

قوله: وَهَذِهِ أَحْكَامُ البَيْعِ، وهي: بطلان الإقالة بهلاك السلعة، والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها، تدل على أن الإقالة بيع، فالاستدلال بالأثر على العلة إنما يصح إذا كان ذلك الأثر أثرًا مخصوصًا بذلك المؤثِّر؛ كالاستدلال بالدخان على النار، وهذه الأحكام بهذه المثابة؛ لأنَّها لا توجد بدون البيع فصح الاستدلال بها، بخلاف الملك فإنه غير مختص بالبيع.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرَّفْعِ وَالفَسْخِ، إلى أن قال: فَتَعَيَّنَ البُطْلَانُ، فإن قيل: إعمال الألفاظ بمعنى من المعانِي عند دلالة الدليل عليه أَوْلَى من الإبطال، ثم في لفظ الإقالة لمَّا تعذر اعتبار الحقيقة وجب أن يُجعل عبارةً عن البيع المبتدأ؛ لأن اللفظ محتمِلُه، ألا ترى أنا جعلناه بيعًا في حق الثالث.

قلنا: إن اللفظ لا يحتمل البيع البتة لتضاد بين اللفظين وضعًا، فإن الفسخ ضد العقد لا محالة، واللفظ كيف يُجعل مجازًا عن ضده، فأمَّا في حق الثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازًا عن البيع في حقه، ولكن لمَّا ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدلٍ أظهرنا هذا الموجب في حق ثالث، فأمَّا في حقها فاللفظ إذا لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصلح مجازًا عن البيع لغا في نفسه، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «الفوائد الظهيرية»: ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الإقالة رفعٌ وفسخٌ، والعقد إثباتٌ وتحقيقٌ، فكانت بينهما منافاة فلا يمكن أن يستعار أحدهما للآخر، والمجاز حيث ما يجوز إنما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يُوجد فيها، بيانه أن الشجاع يسمَّى أسدًا

لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفْظُ لا يَحْتَمِلُ ضِدَّهُ فَتَعَيَّنَ البُطْلَانُ، وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِثْلُ حُكْمِ البَيْعِ وَهُوَ المِلْكُ لا مُقْتَضَى الصِّيغَةِ، إِذْ لا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيْرِهِمَا، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إِذَا شَرَطَ الأَكْثَرَ فَالإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إِذْ رَفْعُ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ الإِقَالَةَ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا فِي العَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ

لاشتراكهما في معنى الشجاعة؛ لأن لكل منهما شجاعة فأمكن القول بجواز المجاز، وفيما نحن فيه تعذَّر القول به لتعدي كل واحد منهما عن معنى هذا شأنُه من التنافِي والتدافع.

وأمَّا الجواب لأبي حنيفة عمَّا استدل به أبو يوسف رحمهما الله من أحكام البيع في الإقالة على أن الإقالة بيع، بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع، قلنا: الشارع يُبدل الأحكام من حكم إلى حكم كدم الاستحاضة حتى أخرجه عن حكم الحدث، ولا يغير الحقائق، وفسادُ الإقالة عند هلاك المبيع، وثبوت حق الشفعة من الأحكام، فجاز أن يُغيَّر ويُثبت ضمنًا للإقالة، أما لا يخرج الإقالة عن الفسخية التي هي حقيقتها.

قوله: وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ، إلى آخره؛ جواب سؤال يرد على قول أبي حنيفة رحمه الله، فالجواب أن حكم البيع ثبت في حق الثالث لضرورة دفع الضرر عن الشفيع؛ لأن الضرر إنما يلحقه عند ثبوت الملك لأجنبي لا يرضاه الشفيع، والإقالة مثبتة للملك في حق الثالث، والشارع أثبت الشفعة له عند ثبوت الملك الجديد؛ ولأن لفظ الإقالة يثبت البيع في حق الثالث؛ لما أن حقيقة الإقالة وهي الفسخ قائم بِهما لا يَعْدُوهما؛ لأنه لا ولاية لهما على الثالث.

قوله: لِأَنَّ الإِقَالَةَ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ حيث يبطل البيع بالشروط الفاسدة.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الشروط الفاسدة وبين اشتراط قبول الإقالة في المجلس، حيث اعتبرت الإقالة بالبيع في حق اشتراط قبول الإقالة في المجلس، ولم يعتبر في حق الشروط حيث لم يفسد الإقالة بالشروط الفاسدة.

الرِّبَا أَوْ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا فِي الرَّفْعِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الأَقَلَّ لِمَا بَيَّنَّاهُ،

قلنا: الفرق بينهما هو أن الإقالة لا تصح بدون القبول كالبيع، والقيام عن المجلس دلالة للإعراض والرد، فلا يصح بعد القيام عن المجلس لذلك؛ وهذا لأن الإقالة وإن كانت ضد البيع ولكن في حق ارتباط أحد اللفظين بالآخر فهو نظيرُه، فاعتبرت به لكونها نظيرةً له في ذلك الحكم على ما قلنا.

وأمَّا الشرط الفاسد إذا وُجد في العقد صار العقد به ربًا؛ لأن الزيادة يمكن إثباتها في هذا العقد، وأمَّا الإقالة فرفع ما كان، ورفع ما كان زائدًا على ما كان لا يتصور؛ فلذلك لم يؤثر الشرط الفاسد في الإقالة، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

أو نقول: إِنَّ الإِقَالَةَ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ؛ لأن الشرط يشبه الربا؛ لأن فيه نفعًا لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خالٍ عن العوض، والإقالة تشبه البيع من حيث المعنى، وكان الشرط الفاسد فيها شبهة الربا، فلا يؤثر في صحة الإقالة، كما لا تؤثر شبهة الشبهة في صحة البيع.

ثم هذا الذي ذكره بـ:أَنَّ الإِقَالَةَ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، هو قول أبي حنيفة رحمه الله.

فأمَّا عند أبي يوسف رحمه الله فإنَّها تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأن الإقالة عنده بيع فيفسد هي كما يفسد سائر البياعات، حتى لو اشترى أمةً بألف درهم، وعبدًا بألف درهم، كل واحد منهما في صفقة على حدة، وتقابضا ثم اصطلحا على أنَّ إقالة البيع في الأمة على أن زاده مائة درهم في ثمن العبد لم يجز الزيادة؛ لأنه أوجب له هذه الزيادة عوضًا عن الإقالة في الأمة، والاعتياضُ عن الإقالة لا يصح، وجازت الإقالة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن الإقالة عنده فسخ فلا تبطل بالشروط الفاسدة، وعند أبي يوسف رحمه الله، لا تجوز الإقالة؛ لأن الإقالة عنده بيع فتبطل بالشروط الفاسدة.

قوله: أَوْ لا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا فِي الرَّفْعِ، أي: إثبات الزيادة في الإقالة فيلغو ذكر الزيادة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى قوله: لِتَعَذُّرِ الفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ؛ لأن فسخ العقد عبارة

إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتِ الإِقَالَةُ بِالأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيْبِ، وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا؛ لِأَنَّ الأَصْلَ هُوَ البَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - جَعْلُهُ بَيْعًا مُمْكِنٌ فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهَذَا ابْتِدَاءَ البَيْعِ، وَكَذَا فِي شَرْطِ الأَقَلِّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ فَسْخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لا سُكُوتٌ

عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان؛ لأن في الفسخ على الزيادة يلزم رفع ما لم يكن ثابتًا، وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتًا، ورفع المعدوم محال فكانا في الإحالة على السواء، فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الإقالة.

قوله: إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتِ الإِقَالَةُ بِالأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيْبِ، صورة هذه المسائل الثلاث:

(١): ما إذا كانت المبيعة جارية اشتراها بألف درهم وتقايلا العقد فيها بألف درهم، فعلى قوله صحت الإقالة.

(٢): وإن تقايلا بألف وخمسمائة صحت الإقالة بألف ويلغو ذكر الخمسمائة؛ لأن في الألف وخمسمائة ذكر الألف فيمكن تصحيحها إقالةً بألف بإلغاء الزيادة.

(٣): وإن تقايلا بخمسمائة فإن كانت الجارية قائمةً في يد المشتري على حالها لم يدخلها عيب صحَّت الإقالة بألف ويلغو ذكر الخمسمائة، فيجبُ على البائع ردُّ الألف على المشتري، وإن دخلها عيب يصير إقالةً بخمسمائة، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لمَّا احتبس عند المشتري جُزء من المبيع جاز أن يحبس عند البائع بعض الثمن.

بعض مشايخنا قالوا: تأويل المسألة أن يكون حصة العيب خمسمائة، أو أقل، أو أكثر، مقدار ما يتعاملُ الناس فيه، ولكن جواب الكتاب مطلق، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُ، أي: لأن البيع هو الأصل عنده، بخلاف ما إذا زاد حيث

عَنْ بَعْضِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنِ الكُلِّ وَأَقَالَ يَكُونُ فَسْخًا فَهَذَا أَوْلَى، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَهُوَ فَسْخٌ بِالأَقَلِّ لِمَا بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَهُوَ فَسْخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيَجْعَلُ التَّسْمِيَةَ لَغْوًا، وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ وَلَدَتِ المَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَهُ؛

يُجعل بيعًا عند محمد رحمه الله؛ لأنه إذا لم يمكن جعلها فسخًا يجعل بيعًا عنده، وفيما إذا سمَّى أكثر من الأول أو جنسًا آخر تعذر جعلها فسخًا؛ لأن الفسخ يكون بالثمن الأول، فيجعل بيعًا صيانة لكلامه عن الإلغاء، أمَّا في الأقل أمكن جعله فسخًا؛ لأنه لو سكت عن جميع الثمن صحت الإقالة فكذا إذا سكت عن البعض، وكذا إذا تقايلا بثمن مؤجل تصح الإقالة والأجل، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَهُوَ فَسْخٌ بِالأَقَلِّ لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيْبِ.

قوله: وَيَجْعَلُ التَّسْمِيَةَ لَغْوًا؛ - لأن الإقالة لا يمكن جعلها بيعًا عند أبي حنيفة رضي الله عنه - وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لِمَا بَيَّنَّا، أمَّا عند أبي يوسف رحمه الله فما ذكر أن البيع هو الأصل عنده، وأمَّا عند محمد رحمه الله فهو ما ذكر أنه فسخ عنده، إلا إذا تعذَّر جعله فسخًا فيجعل بيعًا، وهاهُنا تعذَّر جعله فسخًا؛ لأنَّ الفسخ إنما يكون بالثمن الأول، وهاهُنا وقعت الإقالة بغير جنس الثمن الأول فيُجعل بيعًا عنده أيضًا.

قوله: وَلَوْ وَلَدَتِ المَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وهذا إذا ولدت بعد القبض، وأمَّا إذا ولدت قبل القبض فالإقالة صحيحة عنده، وحاصله أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصله كالسمن والحمال، أو منفصلة كالولد والأرش والعُقر؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلةً كانت أو متصلةً.

وإن كانت الزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنه تعذَّر تصحيحها فسخًا بسبب الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقًا

لِأَنَّ الوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الفَسْخِ، وَعِنْدَهُمَا تَكُونُ بَيْعًا وَالإِقَالَةُ قَبْلَ القَبْضِ فِي المَنْقُولِ وَغَيْرِهِ فَسْخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُمَا اللهُ -، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي المَنْقُولِ لِتَعَذُّرِ البَيْعِ، وَفِي العَقَارِ يَكُونُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِإِمْكَانِ البَيْعِ، فَإِنَّ بَيْعَ العَقَارِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقَالَةِ وَهَلَاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا) لِأَنَّ رَفْعَ البَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْمَبِيْعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإِنْ هَلَكَ بَعْضُ المَبِيعِ جَازَتِ الإِقَالَةُ

للشرع، وأبو حنيفة رضي الله عنه لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ.

وإن كانت الزيادة متصلة فالإقالة صحيحة عنده؛ لأن الزيادة المتصلة عنده لا يمنع الفسخ متى وجد الرضاء ممَّن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة، وقد وجد الرضاء لمَّا تقايلا، فأمكن تصحيحها فسخًا عنده، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقَالَةِ وَهَلَاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا، فإن قلتَ: يشكل هذا بما إذا كان رأس السلم عرضًا معينًا كالعبد والثوب، فهلك في يد المسلم إليه ثم تقايلا عقد السلم فالإقالة جائزة، مع أن رأس المال عرض معيّن، والمسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه، ولا نعني بالمبيع سوى أنه معين لا يجوز الاستبدال به، وبالثمن أنه غير معين يجب في الذمة، فعُلِم بهذا أن الإقالة بعد هلاك المبيع صحيحة.

قلتُ: ذكر في «المبسوط»: إنما جازت الإقالة هناك بعد هلاك رأس مال السلم الذي هو معيّن؛ لأن السلم بمنزلة بيع المقايضة؛ لأن المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الإقالة بعد هلاك ما يقابله، وإذا تعيَّنت الإقالة فعليه رد قيمة رأس المال لتعذر رد العين.

قوله: وَهُوَ قَائِمٌ - أي: البيع قائم - بِالْمَبِيْعِ دُونَ الثَّمَنِ، فإن قلتَ: من أين وقع هذا التفاوت بين المبيع والثمن مع أنَّهما مالان ويشترط ذكرهما في حال انعقاد البيع على السواء.

قلتُ: لأن للمبيع فضل مزية على الثمن فإن المبيع مال حقيقةً وحكمًا؛ لأنه عين

فِي البَاقِي)؛ لِقِيَامِ البَيْعِ فِيهِ، وَإِنْ تَقَايَضَا تَجُوزُ الإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا وَلَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا؛

حقيقةً وحكمًا، والثمن دين حقيقة وحكمًا إن لم يكن مشارًا إليه، وإن كان مشارًا إليه دين حكمًا، ألا ترى أن المبيع لا يتعلق بعين المشار اليه وإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة، فلهذا جاز الاستبدال به قبل القبض، والدين في الذمة مال حكمًا وليس بمال حقيقةً؛ ولهذا قالوا بأن البراءة عن الدين تصح من غير قبول كالطلاق، والعتاق، ويرتد بالرد؛ لأنه مال حكمًا.

وهبة العين لا تصح من غير قبول، ولا تؤدي زكاة العين بالدين؛ لأن الدين أنقص من العين فصار مؤديًا الكامل بالناقص.

وكذلك قالوا فيمن حلف وقال: مالي صدقة في المساكين، وله ديون على الناس لا تدخل تحت مطلق اسم المال من غير نيَّة؛ لأنه ناقص في كونه مالاً.

وإذا كان للمبيع ضرب مزية على الثمن لا بد من إظهار مزيَّته، وقد تعذر إظهار مزيَّة المبيع على الثمن في حق انعقاد البيع؛ لأنه لا بد لانعقاد البيع من ثمن ومثمن، فأظهرنا مزيته في حق البقاء، فجعلنا بقاء العقد مضافًا إلى قيام المبيع حتى يظهر فصله على الثمن في حالة البقاء، فجعلنا قيام البيع حكمًا كلَّه مضافًا إلى المبيع دون الثمن، فإذا هلك المبيع ارتفع البيع لذلك وإن بقيت الدراهم والدنانير، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ تَقَايَضَا - بالياء المنقوطة من تحتها باثنين، أي: عقَدا بيع المقايضة وهو بيعُ عرض بعرض - تَجُوزُ الإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا، أي ابتداءً، فإن تبايعا عبدًا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيعَ في الجارية يجوز ويجب عليه رد قيمة العبد.

قوله: وَلَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا، أي: ولا تبطل الإقالة بعد وجودها بهلاك أحدهما، يعني: لو هلك أحدهما بعد الإقالة لا تبطل الإقالة، أمَّا لو كان أحدهما هالكًا وقت الإقالة والآخر قائمًا فصحت الإقالة، ثم هلك القائم قبل الرَّد بطلت الإقالة، كذا في «شرح الطحاوي».

فإن قلتَ: ما الفرق بين البيع والإقالة، حيث لا يبقى البيع إذا هلك أحد العوضين

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ المَبِيعُ بَاقِيًا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في بيع المقايضة قبل القبض، ولو كان أحدهما هالكًا وقت المبيع لا يصح البيع ويصح الإقالة في الصورتين، مع أن الإقالة بمنزلة البيع من حيث الحكم، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي»: ولو تبايعا عرضًا بعرض وأحدهما هالك وكانا قائمين فهلكَ أحدهما بعد العقد قبل القبض بطل العقدُ، بخلاف الإقالة.

قلتُ: الإقالة وإن كان لها حكم البيع ولكن هي ليست ببيعٍ على الحقيقة، فتجوز بعد هلاك أحد العوضين.

وأمَّا بيع المقايضة فهو بيع على الحقيقة فلكل واحد من العوضين جهة كونها مبيعًا، فألحق في البيع الحقيقي بالمبيع من كل وجه، وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان الهلاك قبل تمام العقد بالقبض، سواءٌ كان في الإقالة أو في البيع، فكان فيه عمل بالشبهين بقدر الإمكان.

ثم إنما قيَّد في الكتاب في المقايضة بقوله: تَجُوزُ الإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا، احترازًا عن هلاكهما جميعًا، فإن العَرَضين لو هلكا ثم أقالا لا يجوز؛ لأن البيع لم يبق بهلاكهما، والإقالة تقتضي بقاء البيع وقت الإقالة فلا يجوز عند هلاكها جميعًا لذلك.

فإن قلتَ: ما الفرق بين التصارف والتقايض، فإن هلاك البدلين جميعًا في بيع الصرف غير مانعٍ للإقالة وفي التقايض مانعٌ، مع أن في كلّ واحدٍ من العقدين أعني: التقايض والتصارف لكل واحد من العوضين فيهما حكم المبيع والثمن؛ لأن للبيع لا بدَّ منهما وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر في جعله مبيعًا أو ثمنًا، فلذلك كان لكل واحد من العوضين حكم المبيع والثمن، ثم هلاكُهما في التقايض يمنع صحة الإقالة وفي التصارف لا يمنع.

قلتُ: لأن المعقود عليه في التصارف ما استوجبَ كل واحد منهما في ذمة صاحبه، ألا ترى أن في الإقالة لا يلزمه ردُّ المقبوض بعينه، ولكن إن شاء ردَّه، وإن شاء ردَّ مثلَه، فلا يكون هلاك المقبوض مانعًا صحة الإقالة وإن كان في العوضين جميعًا؛ لأنه لمَّا كانت الإقالة لا يتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما، بخلاف بيع العرض بالعرض؛ لأنَّهما

....

متى كانا قائمين تتعلق الإقالة بأعيانهما، فمتى كانا هالكين لم يبق شيءٌ من المعقود عليه، ولا بدَّ لقيام العقد سواء كان بيعًا أو إقالةً من قيام المعقود عليه، فلم يبقَ المعقود عليه أصلًا في هلاك العوضين، وبقي في بيع الصَّرْف بعد هلاك البدلين على ما قلنا.

ثم الإقالة تصح بلفظين: أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول: أَقِلْني، فيقول الآخر: أقلتُ، وقال محمد رحمه الله: لا يقوم إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارًا بالبيع، بأن قال لأحدهما: أقلتُ البيع، وقال الآخر: قبلتُ.

ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله: أَقِلْني، مُساومة، بل كان تحقيقًا للتصرف، وكما في النكاح، وبه فارق البيع، والله تعالى أعلم، هذا كله من «المبسوط»، و«الذخيرة».

❊ ❊ ❊

(بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ)

بابُ المرابحة والتولية

لمَّا ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة بالخيارات، وأتمها بأحكام ما يرفعها، شرع في بيان أنواع البيوع التي يرجع أحكامها إلى جانب الثمن: من المرابحة، والتولية، والربا، والصرف، وقدَّم تلك الأنواع لبيان أصالة المبيع، وما يتعلق به في أحكام البيع.

ثم اعلم أن أنواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة:

(١) المساومة: وهي التي لا يلتفت إلى الثمن السابق.

(٢) والوضعية: وهي البيع بنقصان من الثمن الأول.

(٣) والمرابحة، (٤) والتولية.

وإنما قيدنا بقولنا: بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة؛ احترازًا عن بيع الصرف؛ لأنا لو قلنا: البياعات بالإضافة إلى ذكر الثمن يدخل ذلك.

ثم اسم المرابحة لما ذكر من التفسير ظاهر.

وأمَّا التولية: فهي أن يجعله واليًا، فصار البائع كأنه يجعل المشتري واليًا لما اشتراه بما اشتراه.

قَالَ: (المُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ، وَالتَّوْلِيَةُ

قوله: المُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ، فإن قلتَ: هذا التعريف غير مستقيم لما طلب منه؛ لأن في كل واحد من هذه القيود مؤاخذة وشبهة، أمَّا **قوله:** نَقْلُ مَا مَلَكَهُ، فهو غير مجرى على عمومه، بل من حقه أن يقال: نقل ما ملكه من السلع أو من العروض؛ لأن المسألة منصوصة في «فتاوى قاضي خان»:

أنه إذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة، مع استقامة قولنا في بيع الدنانير بعد ذلك: نقل ما ملكه من الدنانير، فعُلِم بهذا أن المراد به العروض، ولا يجوز ذلك في مقام التعريف؛ لأنه إخلال به.

وكذلك **قوله:** بِالعَقْدِ الأَوَّلِ، غير مفيد، بل من حقه أن يقال: نقل ما ملكه من السلع بما يملكه؛ لأنه لا يشترط العقد فيما مُلك لجواز بيع المرابحة، ألا ترى أن من غصب عبدًا وأبق العبد من يد الغاصب، وقضى القاضي على الغاصب بالقيمة ثم عاد العبد، فللغاصب أن يبيع العبد مرابحةً على القيمة التي أدَّاها إلى مالكه، هذا أيضًا في «فتاوى قاضي خان»، ولم يكن العقد هناك، فعُلِم به أن ذكر العقد مستغنى عنه.

وكذلك **قوله:** بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ، بل من حقه أن يقال: بما قام عليه؛ إذ الحصر على الثمن الأول غير مشروط؛ وذلك لأن المراد من **قوله:** بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ، لا يخلو: إمَّا أن كان بعين الثمن الأول، أو بمثل الثمن الأول، فالأول لا يجوز؛ لأن عين الثمن الأول صار ملكًا للبائع الأول فلا يكون هو مرادًا في البيع الثاني، فتعيَّن أن المراد منه بمثل الثمن الأول.

ثم المراد من المثل لا يخلو: إما أن كان مثل الثمن الأول من حيث الجنس، أو المثل من حيث المقدار، فلا يصح أن يراد به المثل من حيث الجنس، فإن الرواية منصوصة في «الإيضاح»، و«المحيط»: أنه إذا باعه مرابحةً، فإن كان ما اشتراه به له مثلٌ جاز، سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم، أو من غير الدراهم والدنانير، أو على العكس، إذا كان معلومًا يجوز به الشراء؛ لأن الكل ثمن.

ولا يصح أيضًا أن يراد به المثل من حيث المقدار؛ لأنه لو ضمَّ إلى الثمن الأول ما دفع

نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) وَالبَيْعَانِ جَائِزَانِ؛

إلى أجرة القصَّار، والصبَّاغ، والطراز، والفتل جاز، والمدفوع إلى ذلك ليس بثمن للعقد الأول، فلا يكون المجموع مثلًا للثمن الأول من حيث المقدار، بل هذا أزيد من الثمن الأول.

قلتُ: بل هو مستقيم غاية الاستقامة، غير أن سلفنا الصالحين رحمهم الله كانوا قدوةً في أمور الدين، وهداة في تبيين طرق أمور المسلمين، وتاركين التكليف فيما أوضحوا، ونابذين التصنُّع من بيان مسائل سؤالهم فيما أنجحوا، اعتمادًا على فهوم من لم يتغطرف في استفادة التحقيق، واتكالًا على ألبَّاء غير المهبنقعين[1] في مظان التدقيق؛ وذلك لأن من سَلك في باب الفقه، وصرفَ بعض أوقاته في طلبه عَلِم أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ، فلمَّا لم يتعين لا يصلح أن تكون مبيعة؛ لأن المبيع هو المتعيَّن، فالمرابحة اسم للبيع الذي يُستفاد به من ثمن المبيع الذي اشتراه قبل هذا بثمن معلوم ممَّا له مثل، ولمَّا لم يثبت مبيعيَّة الدراهم والدنانير لا يثبت فيهما عقد المرابحة التي هي مبنيَّة في ثمن المبيع، فكان العموم في قوله: نَقْلُ مَا مَلَكَهُ، منصرفًا إلى ما هو المعلوم عندهم، وهو نقل ما ملكه الذي هو صالح للمبيعيَّة، فقال في «فتاوى قاضي خان» في تعليل تلك المسألة: وهي الشبهة الأولى؛ لأن الدنانير لا يتعين في البيع فلم يكن المقبوض بعقد الصرف مبيعًا في البيع الأول.

وأمَّا السؤال الثاني: فإن الغصب هو أحد وجهي المعارضة عندنا، حتى أنه صار سببًا للملك لا مقصودًا فيه بل لكونه سببًا لضمان المعاوضة، ألا ترى أن إقرار المأذون بالمغصوب جائز؛ لما أن الإقرار بالغصب إقرار بالمعاوضة وإقراره بعقد المعاوضة جائز، لكن قبل قضاء القاضي بالقيمة على الغاصب كان وجوب القيمة عليه مترددًا، حتى أنه لو عاد من إباقه كان يجب عليه رده إلى مولاه، وبعد قضاء القاضي عليه بالقيمة لم يجب عليه رده، فكان وجوب القيمة بعد قضاء القاضي عليه وشراؤه بمثل تلك القيمة سواءً، ولو اشتراه بمثل تلك القيمة لجاز له أن يبيع العبد مرابحة على الثمن الذي أدَّاه إلى البائع، فكذلك هاهُنا يجوز له أن يبيع

---

(١) في هامش نسخة مراد ملا - الثالثة (م٣)، وعاطف أفندي (عط): الهبنقعة: قعود الرجل على عُرقوبيه قائمًا على أطراف أصابعه، اهبنقع الرجل: إذا جلس كذلك، أي: جلس جلوسًا غير مستقر. انتهى

لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الجَوَازِ، وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى هَذَا النَّوْعِ مِنَ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الغَبِيَّ الَّذِي لا يَهْتَدِي فِي التِّجَارَةِ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَعْتَمِدَ فِعْلَ الذَّكِيِّ المُهْتَدِي وَتَطِيبُ نَفْسُهُ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَى وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ فَوَجَبَ القَوْلُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ

ذلك العبد مرابحةً على القيمة التي أداها إلى المالك.

وأمَّا الثالث: فجوابه ما يجيء في هذا الباب.

فإن قلتَ: في قوله: بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ، شبهة أخرى، وهي: أن في بيع المرابحة لا يشترط الثمن أيضًا أصلًا وقت تملك الثوب مثلًا، ألا ترى أنه لو ملك أصل الثوب بميراث، أو هبة، أو وصية، فقوَّمه قيمة ثم باعه مرابحةً على تلك القيمة جاز، والمسألة في «المبسوط».

قلتُ: الأصل في بيع المرابحة والتولية الاحتراز من الكذب، وفي هذه المسألة هو موجود فيجوز بيع المرابحة بذلك؛ وذلك لأنه ما أخبر المشتري بشيءٍ هو كذب، وإنما قال: قيمته كذا، أو رقمه كذا، وهو صادق في ذلك، فإن صار المشتري مغبونًا فيه فذلك من قبل جهله، كذا في «المبسوط».

تقول: غبيتُ عن الشيء غبيَّة، وغبِيتُه أيضًا غباوةً، إذا لم تفطُن له، وغبى على الشيء كذلك إذا لم تعرفه، وفلان غبيٌّ على فعيل، إذا كان قليل الفطنة، وهو من الواو كما في شقي.

والذكاء: ممدودٌ، حِدَّة الفؤاد، وقد ذكِي الرجل بالكسر يذكَى ذكاءً فهو ذكيٌّ، كذا في «الصحاح»، قيل: العقل مثقال وثلثاه التغافل.

قوله: وَتَطِيبُ، بالنصب للعطف على: أَنْ يَعْتَمِدَ.

وقوله: وَلِهَذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ، إيضاح لقوله: أَنْ يَعْتَمِدَ.

وقوله: وَالِاحْتِرَازِ، عطف على الأول على وجه التأكيد؛ لأن الاحتراز عن الجناية يستفاد بقوله: مَبْنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ، لكن لمَّا كان مبنى المرابحة والتولية على شدَّة الاستقصاء في الاحتراز عن الخيانة احتاج إلى ذكر زيادة تأكيدات بقوله: كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ

وَالِاحْتِرَازِ عَنِ الخِيَانَةِ وَعَنْ شُبْهَتِهَا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمَّا أَرَادَ الهِجْرَةَ ابْتَاعَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بَعِيرَيْنِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ

وَالِاحْتِرَازِ عَنِ الخِيَانَةِ وَعَنْ شُبْهَتِهَا.

وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم؛ لأن المعادلة والمماثلة في ذوات القيم إنما يعرف بالحرز والظن، وكان فيه شبهة عدم المماثلة، كما لا يجر بيع المجازفة في الأموال الربوية؛ لأن زيادة الفضل حقيقةً حرام فيها، فكذلك شبهة ثبوت الفضل في الأموال الربوية حرام أيضًا، كما إذا باع صبرة حنطة بصبرة حنطة مجازفة وإن كان فيه احتمال المساواة أيضًا، لكن لمَّا كان معرفة المساواة هناك بسبب الحرز والظن كان فيه احتمال عدم المساواة، وهو المعنيّ بشبهة الفضل فكان حرامًا كحقيقة الفضل، فكذلك هاهُنا كما حرم حقيقة الخيانة بأن كان قوله على خلاف ما اشتراه من تعديد الثمن وهو عالم به يحرم شبهة الخيانة أيضًا، كما إذا أراد بيع المرابحة أو التولية فيما ملكه بثمن هو من ذوات القيم؛ لأن قدره هناك إنما يعرف بالحرز والظن، فكان فيه شبهة الخيانة باعتبار احتمال أن لا يكون الثمن الثاني مثل الثمن الأول، حتى يتمكن فيه من بيع المرابحة والتولية.

وقيل: كل ما حرُم حرم ما يشبهه؛ لأن الحرمة مما يحتاط فيه، ألا ترى أن الخمر حرام وما يشبهه وهو الباذق والمنصَّف أيضًا حرام.

وعبادة الصنم حرام، ولو صلى وبين يديه صورة يكره صلاته، ووقع التفاوت بينهما من الحرمة والكراهة باعتبار قلة المشابهة.

وذكر في «التحفة»: والأصل في بيع المرابحة أنه مبني على الأمانة، فإنه بيعٌ بالثمن الأول بقول البائع من غير بينة ولا استحلاف، فيجب صيانته عن حقيقة الخيانة وشبهتها، فإذا ظهرت الخيانة يجب رده، كالشاهد يجب قبول قوله وإذا ظهرت الخيانة يرد قوله، كذا هنا.

ثم صور الاحتراز عن شبهة الخيانة في المرابحة كثيرة، فإنه إذا اشترى شيئًا بثمن مؤجَّل لا يبيعه مرابحة من غير بيانه؛ لأن الأجل معنى يزاد في الثمن لأجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الأجل، فلو باعه مرابحة يصير كأنه اشترى شيئين بثمن، فباع أحدهما مرابحة على جميع

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: وَلِّنِي أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: هُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: أَمَّا بِغَيْرِ ثَمَنٍ فَلَا».

الثمن فكان فيه شبهة الخيانة.

وكذا لو اشترى ثوبين فباع أحدهما مرابحة على حصته من الثمن لا يجوز؛ لأن حصة أحدهما من الثمن لا يعرف إلا بالحرز والظن ويجري فيه الغلط.

وكذلك لو كان له على رجل عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة، وإن كانت قيمة الثوب عشرة دراهم؛ لأن الصلح مبناه على التحرز، ولو وُجد الحطّ حقيقة لا يبيع مرابحة فكذا إذا تمكّنت الشبهة، وما ذلك إلا باعتبار أن مبنى المرابحة على الأمانة، والاحتراز عن حقيقة الخيانة وشبهة الخيانة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مواضع لم يحترز فيها شبهة الخيانة وجازت المرابحة:

منها: أنه إذا اشترى جارية فأعورَّت في يد المشتري فإن له أن يبيعها مرابحة على جميع الثمن من غير بيان.

ومنها: أنه إذا اشترى ثوبًا فأصابه قرض فأرٍ، أو حرق نارٍ يبيعه مرابحة من غير بيان، ولا شكَّ أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب بما سمَّى من البدل لم يلزم له ربحًا على ذلك ما لم يبين بعدما تعيَّب.

ومنها: أنه إذا وهب الثوب المشترى بعشرة لإنسان ثم رجع فيه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة من غير بيان، مع أن اختلاف الأسباب ينزل منزلة اختلاف الأعيان، فكان ينبغي أن لا تجوز المرابحة وإن بيّن، وإن جاز كان ينبغي أن لا يتقاعد عن اشتراط البيان.

قلتُ: أمَّا المسألتان المتقدمتان فيذكر جوابهما في الكتاب.

وأمَّا الثالثة: فإن العين بالرجوع يعود إلى قديم ملكه، سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء فصار كأن السبب لم يوجد؛ وهذا لأن الوصف في الغير إنما يشترط بيانه إذا كان في ستره شبهة

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ المُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ حَتَّى يَكُونَ العِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ لَوْ مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالقِيمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ (وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ يَمْلِكُ ذَلِكَ البَدَلَ وَقَدْ بَاعَهُ بِرِبْحِ دِرْهَمٍ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ المَكِيلِ مَوْصُوفٍ جَازَ) لِأَنَّهُ يَقْدِرُ

الخيانة، وهذا ليس كذلك؛ لأن الخيانة إنما تكون أن لو كان لها تأثير في نقصان الثمن، وليس للرجوع بعد الهبة تأثير في نقصان الثمن فلا يكون فيه الخيانة ولا شبهتها.

قوله: وَلَا تَصِحُّ المُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ حَتَّى يَكُونَ العِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ، أي: حتى يكون الثمن في البيع الأول ممَّا له مثل كالمكيلات، والموزونات؛ لأنه لو كان الثمن الأول من ذوات القيم لو اشتراه مشتريًا بالمرابحة أو بالتولية لاشتراه بقيمة ذلك الحيوان؛ إذ لا يمكن ردّ عينه؛ لأنه ليس هو في ملكه، وكذا رد مثله؛ لأنه لا مثل له، فتعينت القيمة والقيمة مجهولة تعرف بالحرز والظن، فيتمكّن شبهة الخيانة فيحترز عنها فلذلك اشترط كون الثمن الأول ممَّا له مثل.

قوله: وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ يَمْلِكُ ذَلِكَ البَدَلَ، فقوله: مِمَّنْ يَمْلِكُ، متعلق بالمشتري، وقوله: مُرَابَحَةً، نصب على التمييز، وكشفُ هذا الكلام هو أنه إذا كان الثمن الأول ممَّا لا مثل له، فأراد المشتري أن يبيع ما ملكه بالثمن الذي لا مثل له مرابحةً، فالحال لا يخلو: إمَّا أن يبيعه مرابحة من المشتري الذي لا يملك ذلك البدل، أو من المشتري الذي يملك ذلك البدل، فإن باعه مرابحة من الذي لا يملك ذلك البدل فالبيعُ فاسد؛ لأنه إذا لم يكن من ذوات الأمثال لو انعقد العقد لانعقد بالقيمة وهي مجهولة، وإن كان الذي اشتراه مرابحةً يملك ذلك البدل، فهذا على وجهين:

إمَّا أن قال: أبيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك، وبربح عشرة دراهم جاز؛ لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم، وهي معلومة.

وإن قال: أبيعك بربح دَهْ يازدَهْ فإنه لا يجوز؛ لأن تسمية بربح دَهْ يازده أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال؛ لأنه لا يكون أحد عشرة إلا أن يكون الحادي

عَلَى الوَفَاءِ بِمَا التَزَمَ (وَإِنْ بَاعَهُ بِرِبْحِ «دَهْ يَازْدَهْ» لا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ المَالِ وَبِبَعْضِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، (وَيَجُوزُ أَنْ يُضِيفَ إِلَى رَأْسِ المَالِ أُجْرَةَ القَصَّارِ وَالطَّرَّازِ وَالصَّبْغِ وَالفَتْلِ وَأُجْرَةَ حَمْلِ الطَّعَامِ) لِأَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ بِرَأْسِ المَالِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي المَبِيعِ أَوْ فِي قِيمَتِهِ يَلْحَقُ

عشر من جنس العشرة، فحينئذٍ صار كأنه باع الثمن الذي هو الثوب وبجزءٍ من جنس الثمن الأول، والثوب لا مثل له من جنسه فيصير العقد منعقدًا برأس المال وببعض قيمته وهذا لا يجوز، كذا في «الإيضاح»، و«التحفة».

فمعنى قوله: «دَهْ يَازْدَهْ»، أي: بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح بثلاثة دراهم، فكان معنى قوله: «دَهْ يَازْدَهْ»، أي: درهم زائد على عشرة، فإن كان الثمن في البيع الأول مائة درهم فباعه المشتري الأول من آخر بربح دَهْ يازده يصح المرابحة، ويجب على المشتري مائة وعشرة دراهم، وهنا لمَّا كان الثمن ثوبًا فيكون الربح من جنسه والثوب من ذوات القيم، فيُجعل بعض قيمة الثوب ربحًا وإنه مجهول.

فنذكر صورة لمسألتنا هذه لزيادة كشف في الكلام فنقول: صورته رجل باع عبدًا بثوب، وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب، وَبِرِبْحِ دِرْهَمٍ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ المَكِيلِ مَوْصُوفٍ جَازَ، فكان البائع الذي يبيع مرابحة هو المشتري الأول الذي اشترى عبدًا، وبيع المرابحة هاهنا جائز وإن لم يكن الثمن وهو الثوب من ذوات الأمثال؛ لأنه يقدر على تسليم ما التزم، وهو الثوب الذي هو الثمن الأول بعينه لهذا العبد، وقادر على تسليم ربح درهم، وليست المرابحة إلا نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح.

فأمَّا إذا باع هذا العبد بربح ده يازده فلا يجوز سواء باعه من الذي يملك الثوب أو ممن لا يملك؛ لأن هذا اللفظ وهو ربح ده يازده إنما يُستعمل فيما إذا قام له السلعة بعشرة يبيعها

بِهِ هَذَا هُوَ الأَصْلُ، وَمَا عَدَدْنَاهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَأَخَوَاتِهِ يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالحَمْلَ يَزِيدُ فِي القِيمَةِ إِذِ القِيمَةُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ.

بأحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به، والثمن هاهُنا وهو الثوب ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم، فيصير بائع العبد حينئذٍ بائعًا للعبد بذلك الثوب وبجزءٍ من أحد عشر جُزءًا من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يُعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز، وهذا المعنى يشمل مالك الثوب وغيره.

وبهذا المعنى صرَّح في «شرح الطحاوي» فقال: لا يجوز هذا سواء باعه بهذا اللفظ من الذي عنده الثمن وهو الثوب هاهُنا، أو من غيره؛ لأن الربح هاهُنا يقتضي أن يكون من جنس الثمن، فصار كأنه باعه بذلك الثمن وبجزءٍ منه من أحد عشر جزءًا منه، وهو ليس بمثلي وذلك مجهول؛ لأنه لا مثل له، وفي الفصل الأول، أي في قوله: وَقَدْ بَاعَهُ بِرِبْحِ دِرْهَمٍ، ممَّن يملك ذلك الثمن ما سمى الربح من ذلك الثمن المعلوم وهو الثوب، بل سمى درهمًا فيجوز.

اعلم أن هاهُنا مسألة تدل على أن الربح على الثمن الأول لا يقتضي أن يكون الربح من جنس الأول، وقوله: بِرِبْحِ «دَهْ يَازْدَهْ» يقتضي أن يكون الربح من جنس ذلك الثمن، فبها تتضح مسألة «دَهْ يَازْدَهْ» زيادة اتضاح وهي: أن من اشترى من رجل عبدًا بألف درهم نخيَّة[1] نقد بيت المال وقبضه، ثم باعه مرابحةً عليها بربح مائة درهم فإن المائة الربح يكون من نقد البلد لا من جنس الثمن، وبمثله لو باعه مرابحة بربح عشرة أحد عشر فإن الربح يكون من النخيَّة لا من نقد البلد، ثبتَ أن هذا يقتضي أن يكون الربح من جنسه، كذا في «شرح الطحاوي».

وذكر في «الإيضاح» أيضًا: أن من اشترى ثوبًا بعشرة خلاف نقد البلد فباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد، والربح من نقد البلد إذا أطلقه؛ لأن مثل الثمن الأول متعين في العقد الثاني، والربح مطلق فينصرف الربح إلى نقد البلد، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال: أبيعك

(١) في هامش نسخة مراد ملا – الثالثة (م٣)، وعاطف أفندي (عط): دراهم نخيَّة: بتشديد الخاء والياء، نوع من أجود الدراهم، نُسب فيما زعموا إلى نخّ، أميرٌ ضربَها. انتهى

(وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَمْ يَقُلِ اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا) كَيْ لا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوْقُ الغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ، بِخِلَافِ أُجْرَةِ الرَّاعِي وَكِرَاءِ بَيْتِ الحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ لا يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالمَعْنَى، وَبِخِلَافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لِمَعْنًى فِيهِ وَهُوَ حَذَاقَتُهُ.

بربح العشرة، أو دَهْ يازده، فالربح من جنس الثمن؛ لأنه عرَّفه بالنسبة إليه فكان على صفته.

ثم اعلم أن من باع المتاع مرابحة كان الثمن هو الذي ملك المبيع به بالذكر دون ما نقده، بيانه أنه إذا اشترى ثوبًا بعشرة فأعطي بها دينارًا أو ثوبًا فرأس المال العشرة؛ لأنَّها هي الثمن، والدينار ملك بعقد آخر فلم يعتبر.

قوله: وَلا يَقُولُ: اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا؛ كَيْ لا يَكُونَ كَاذِبًا، فإنه ما اشتراه بذلك، وإذا قال: قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا، فهو صادق في ذلك؛ لأن الشيء إنما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمَّى.

فإن قلتَ: هل تجد في مسائل المرابحة صورة لا يصح أن يقول فيها: اشتريتُه بكذا، ولا يصح أيضًا فيها أن يقول: قام عليَّ بكذا، ومع ذلك يصح بيع المرابحة؟

قلتُ: نعم وهي: مسألة البيع بالرقم، فإنه إذا اشترى الرجل متاعًا ثم رقمه بأكثر من ثمنه، ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز، ولكن لا ينبغي أن يقول: قام عليَّ بكذا، ولا اشتريتُه بذلك؛ فإن ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه، ولكن يقول: رقمه كذا، فأنا أبيعه مرابحة على ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَسَوْقُ الغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ، وأمَّا الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف، ثم يقول: قاموا عليَّ بكذا؛ للعرف الظاهر في ذلك.

قوله: وَبِخِلَافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، فإنه إذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال؛ لأنه ليس فيه عرف ظاهر، وكذلك الشعر، والغناء، والعربية، وأجر تعليم القرآن، والحساب، حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بإلحاقه برأس المال كان له أن يلحقه؛ ولأن زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الذهن والذكاء، لا بما

(فَإِنِ اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابَحَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

أنفق على المعلم، فلم يكن ما أنفق موجبًا زيادة في مالية العين، بل ذهنه هو الذي أوْجَبه.

وعلى هذا أجر الطبيب، والرايض، والبيطار، والراعي، وجعل الآبق، والحجام والختان لا يلحق شيء من ذلك برأس المال؛ لما قلنا.

وأمَّا أجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد إلى بلد يلحق برأس المال؛ للعرف الظاهر فيه؛ ولأن هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة، وكذا أجرة السمسار فقد جرى العرف بإلحاقها برأس المال، فهو كأجر القصَّار.

وأجرُ الراعي ليس نظير أجر السائق للغنم، لأن الراعي لا يستحق الأجر بالفعل، ولا بعمل الرعي، بل بحفظ الغنم، فهو كأجر البيت الذي يحفظ فيه الغنم.

وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق الغنم؛ لأن الإباق نادر، وفي إلحاق شيء برأس المال المعتبر العرف الظاهر، وذلك لا يوجد في النادر، كذا في «المبسوط».

وأجرة السمسار تضم إن كانت مشروطة في العقد بالإجماع، وإن لم تكن مشروطة بأن كانت مرسومة أكثر المشايخ على أنَّها لا تضم، ومنهم من قال تضم، ولا يضم أجرة الدلال بالإجماع، بخلاف أجرة السمسار.

والبَاجُ: الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال، قال رحمه الله: لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاقه برأس المال يلحق به أيضًا، وما عمل بيده من قصارة، أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال.

رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضة، فباع البيضات بدرهم، ثم أراد أن يبيع الدجاجة مرابحةً، إن أنفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جاز؛ لأنه جعل ثمن البيض عوضًا عما أنفق، وإن لم ينفق لا يجوز، وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل: أن يُقدر ما أصاب من الزيادة إذا أنفق من ماله، لا يلزمه بيان ذلك في بيان المرابحة، كذا في «المحيط».

قوله: فَإِنِ اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابَحَةِ، وظهور الخيانة إمَّا بإقرار البائع،

اللهُ - إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنِ اطَّلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحُطُّ فِيهِمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ؛ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا، وَالتَّوْلِيَةُ وَالمُرَابَحَةُ تَرْوِيجٌ وَتَرْغِيبٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَصْلَ فِيهِ كَوْنُهُ تَوْلِيَةً وَمُرَابَحَةً وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ: وَلَّيْتُكَ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ، أَوْ بِعْتُكَ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مَعْلُومًا فَلَا بُدَّ مِنَ البِنَاءِ عَلَى الأَوَّلِ وَذَلِكَ بِالحَطِّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَفِي المُرَابَحَةِ مِنْهُ وَمِنَ الرِّبْحِ.

أو بالبينة، كذا في «التحفة»، وذكر في «المبسوط» في تقرير مسألة أخرى: أو بنكوله عن اليمين فيه.

قوله: لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ، أي: للتسمية الثانية، فإذا كان الاعتبار لها فيتعلق العقد بالمسمى؛ وهذا لأن الثمن يجب أن يكون معلومًا والعلم يحصل بالتسمية، إلا أنه إذا لم يسم فقال: بعتُك مرابحة أو تولية، فإن كان الثمن الأول معلومًا صح العقد على تقدير أن الثمن في العقد الأول صار معيارًا للثمن في هذا العقد فيصير كالمسمَّى.

وإذا ثبتَ أن الأصل هو التسمية نقول: ذكر المرابحة والتولية للتزويج والترغيب فجرى مجرى الوصف، كذا في «الإيضاح».

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الخِيَانَةِ، بأن كان اشترى ثوبًا بثمانية فقال لغيره: اشتريتُه بعشرة ووليتك بمثل ما قام عليَّ، ثم علم المشتري فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يُحط الخيانة فيأخذه بثمانية ولا يخير المشتري، وعند محمد رحمه الله يخيّر إن شاء أخذه بعشرة وإن شاء تركه.

قوله: وَفِي المُرَابَحَةِ - يحط - مِنْهُ وَمِنَ الرِّبْحِ، أي: من رأس المال ومن الربح، بيانه: أن من باعه مرابحة باثني عشر درهمًا يربح درهمين، وقد كان هو اشتراه بثمانية دراهم فيحط

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَحُطَّ فِي التَّوْلِيَةِ لا تَبْقَى تَوْلِيَةً؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيَّنَ الحَطُّ وَفِي المُرَابَحَةِ لَوْ لَمْ يُحَطَّ تَبْقَى مُرَابَحَةً وَإِنْ كَانَ يَتَفَاوَتُ الرِّبْحُ فَلا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّخْيِيرِ، فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الفَسْخَ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّهُ المُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الفَائِتِ فَيَسْقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَإِنْ بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنْهُ كُلَّ رِبْحٍ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَغْرَقَ الثَّمَنَ لَمْ يَبِعْهُ مُرَابَحَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الأَخِيرِ) صُورَتُهُ: إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِخَمْسَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِخَمْسَةٍ، وَلَوِ اشْتَرَاهُ

قدر الخيانة وهو درهمان من رأس المال، وخمسُ الدرهمين من الربح؛ لأنه إذا قسم الربح على العشرة يبقى الخمس بمقابلة الخيانة فيحط هو.

وصورة أخرى: وهو أنه إذا ابتاع ثوبًا بعشرة على ربح خُمسه ثمَّ ظهر أن البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسه، يُحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم، فيأخذ الثوب باثني عشر درهمًا؛ لأن هذا ربح الكل وقد ظهرت خيانتُه في الكل، فيظهر الأثر فيما خانَ من الربح أيضًا والذي يقابل الخيانة من الربح درهم.

قوله: فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ، إلى آخره، قال الإمام التمرتاشي: ثم على قول من قال بالحط إذا هلك المبيع، أو استُهلك، أو انتقص فله الحط، ومن قال بالفسخ إذا امتنع الفسخ لزمه جميع الثمن، ولو وجد المولى بالمبيع عيبًا ثم حدث عنده عيب حتى امتنع الرد إذا أبى البائع قبوله لا يرجع المشتري بنقصان العيب؛ لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول،

بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشْرِينَ مُرَابَحَةً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ لا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَصْلًا، وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى العَشَرَةِ فِي الفَصْلَيْنِ، لَهُمَا أَنَّ العَقْدَ الثَّانِيَ عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الأَحْكَامِ عَنِ الأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ المُرَابَحَةِ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شُبْهَةَ حُصُولِ الرِّبْحِ بِالعَقْدِ الثَّانِي ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيْبِ الشُّبْهَةِ كَالحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ المُرَابَحَةِ احْتِيَاطًا، وَلِهَذَا لَمْ تَجُزِ المُرَابَحَةُ فِيمَا أُخِذَ بِالصُّلْحِ لِشُبْهَةِ الحَطِيطَةِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى خَمْسَةً وَثَوْبًا

وقضيَّة التولية أن يكون مثل الأول.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ شُبْهَةَ حُصُولِ الرِّبْحِ بِالعَقْدِ الثَّانِي ثَابِتَةٌ، يعني: أن الربح الذي استفاده بالعقد الأول كان على شرف السقوط بأن يرد عليه بعيب، فإذا اشترى من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب، ألا ترى أنَّهم لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا يضمنون نصف المهر؛ لتأكد ما كان على شرف السقوط، فإذا اعتبر التأكيد إيجابًا يصير البائع في مسألتنا مشتريًا بالعقد الثاني ثوبًا وخمسة دراهم بعشرة، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة، ويبقى الثوب بخمسة دراهم فيبيعه مرابحة على خمسة.

قوله: وَلِهَذَا لَمْ تَجُزِ المُرَابَحَةُ فِيمَا أُخِذَ بِالصُّلْحِ، وهو ما ذكرنا صورته، وهي أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب، لا يبيع الثوب مرابحةً على عشرة؛ لأن الصلح مبناه على التجوُّز، ولو وجد الحط حقيقة لا يبيع مرابحة فكذا إذا تمكنت الشبهة، فثبتَ أن الشبهة ملحقه بالحقيقة في بيع المرابحة، وكذلك في مسألة شراء شيء بثمن مؤجَّل، وشراء ثوبين مع عدم جواز بيع أحدهما مرابحةً، وقد ذكرناهما في هذا الباب فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبًا بعشرة فيطرح خمسة فكذلك يبيعه مرابحة بخمسة، وهذا في الصورة التي باعه بخمس عشر.

فإن قيل: لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بالعشرة فيما إذا باعه بالعشرين؛ لأنه

بِعَشَرَةٍ فَيُطْرَحُ عَنْهُ خَمْسَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ التَّأْكِيدَ حَصَلَ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ

حينئذٍ على هذا التقدير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبًا وعشرة بعشرة، فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض.

قلنا: للتأكيد شبهة الإيجاب في حق العباد احترازًا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع، وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة، وأمَّا جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب، كذا نقل من «فوائد مولانا حميد الدين» رحمه الله.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، بأن اشترى من مشتري مشتريه.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ، إلى قوله: وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، وإنما قيد بالدين المحيط برقبته؛ لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع العبدُ من مولاه شيئًا فإنه لا يصح، فإن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئًا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، هكذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله في حاشية مأذون هذا الكتاب مُحالًا إلى شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله.

وإلى ما ذكرنا من فائدة هذا القيد أشار شمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله في «جامعيهما»، فقال فخر الإسلام: وهاهُنا تمكنت الشبهة؛ لأن العقد الذي جرى بين المولى وبين العبد صحيح له شبهة العدم؛ لأنه عبده، وإنما صح العقد لمكان الدين مقام قيام المانع، وهو كون العبد ملكًا للمولى ولا حكم له.

وذكر شمس الأئمة: أمَّا جواز هذا العقد بين العبد والمولى فلكونه مفيدًا، فإن المولى من كسب العبد المديون كأجنبي آخر، فبهذا العقد يدخل في كسبه ما لم يكن فيه، ويسلم للمولى ما لم يكن سالما له من قبل.

ثم الأصل أن بيع المرابحة بيعُ أمانة تُنفى عنه كل تهمة وخيانة ويُتحرز فيه من كل كذب، والمسامحة بين المولى والعبد في المعاملة ظاهرة لا يمكن إنكارها؛ لعلم كل واحد

فَبَاعَهُ مِنَ المَوْلَى بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى عَشَرَةٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ المَوْلَى اشْتَرَاهُ فَبَاعَهُ مِنَ العَبْدِ) لِأَنَّ فِي هَذَا العَقْدِ شُبْهَةَ العَدَمِ بِجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي فَاعْتُبِرَ

منهما أن ما يحصل لصاحبه لا يبعد عنه، فإنما يبيعه مرابحة على ما يتيقن بخروجه من ملكه بمقابلة هذا الثوب، وذلك أقل الثمنين ما سَلِم لبائع الثوب ابتداءً، فأمَّا الزيادة على ذلك دائرة بين العبد والمولى، فلا يتم خروج ذلك من ملك المولى أو على العكس، فلهذا لا يبيعه مرابحة إلا على أقل الثمنين.

ولكن ذكر هذه المسألة وأخواتها في «المبسوط» من غير ذكر دين العبد فقال: وإذا اشترى شيئًا من أبيه، أو أمه، أو ولده، أو مكاتبه، أو عبده، أو اشترى شيئًا العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع بأقل منه، لم يكن له أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق؛ لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه من ملكه بمقابلة هذه العين، وهو المدفوع إلى البائع الأول، فأمَّا الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من ملكه؛ لأن كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كأن له أيضًا، فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وتنقلب ذلك حقيقة الملك بعجزه.

فأمَّا في غير المماليك من الآباء، والأولاد، والأزواج، والزوجات، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له أن يبيعه مرابحة على ما اشتراه به من هؤلاء، لتباين الأملاك بينهما.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصّله لنفسه من وجه، ولهذا لا يقبل شهادته لهؤلاء، فباعتبار هذا الوجه صاروا في حقه كالعبد، وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط وهو أقل الثمنين كما في العبد والمكاتب.

قوله: بِجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي، وهو كون العبد ملكًا للمولى، فصار هو بائعًا ملك نفسه من ملك نفسه، وكذلك الشراء، والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله بقوله في تعليل هذه المسألة: لأن بيع المولى من عبده المأذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وإن كان جائزًا فله شبهة العدم؛ لأن مال العبد لا يخلو عن حق السيد، ولهذا كان

عَدَمًا فِي حُكْمِ المُرَابَحَةِ وَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِلْأَوَّلِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ العَبْدَ اشْتَرَاهُ لِلْمَوْلَى بِعَشَرَةٍ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَى فِي الفَصْلِ الثَّانِي فَيُعْتَبَرُ الثَّمَنُ الأَوَّلُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ مَعَ المُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ المَالِ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ) لِأَنَّ هَذَا البَيْعَ وَإِنْ قُضِيَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لِزُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - مَعَ أَنَّهُ اشْتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ لِمَا فِيهِ مِنِ اسْتِفَادَةِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ،

للمولى أن يمنع كسب العبد لنفسه، ويقضي الديون من مال نفسه، والمكاتب إذا عجز ورد إلى الرق كان كسبُه للمولى فكان بائعًا من نفسه من وجه، وبيع الإنسان من نفسه باطل فإذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور في البيع الثانِي، إنَّما يبيع على الثمن المذكور في العقد الأول.

قوله: فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ - وهو ما إذا باعه العبد من مولاه - وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَى - أي: يبيعه مرابحة لأجل المولى - فِي الفَصْلِ الثَّانِي - وهو ما إذا باعه المولى من عبده.

قوله: وَإِنْ قُضِيَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا ... خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز بيع رب المال من المضارب، ولا بيع المضارب من رب المال، يريدُ به إذا لم يكن في المال ربح؛ لأن البيع تمليك المال بالمال وإنه معدوم هاهُنا.

ولكن نقول: كل واحد منهما بهذا العقد يستفيد ملك اليد إن كان لا يستفيد ملك الرقبة، فكان مفيدًا صحيحًا؛ وهذا لأن البيع مأخوذ من مدِّ الباع، سُمِّي بيعًا؛ لأن كل واحد منهما بعد البيع يمدّ باعه إلى ما في يد صاحبه، والبيعُ مأخوذ هنا على هذا الوجه، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: مَعَ أَنَّهُ اشْتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ - أي: مع أن رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه - لِمَا فِيهِ مِنِ اسْتِفَادَةِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ؛ لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن

وَالِانْعِقَادُ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبْهَةُ العَدَمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ فِي البَيْعِ الأَوَّلِ مِنْ وَجْهٍ فَاعْتُبِرَ البَيْعُ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ أَوْ وَطِئَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً وَلا يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَبِسْ عِنْدَهُ شَيْئًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَلِهَذَا لَوْ فَاتَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ،

ماله في التصرف فيه، فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف فيه.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: لو صار مال المضاربة جارية فليس لرب المال أن يطأها وإن لم يكن فيها ربح؛ لأن للمضارب حق التصرف، ألا ترى أن رب المال لا يملك منعه، وأحالَه إلى «الإيضاح».

قوله: وَالِانْعِقَادُ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ، ألا ترى أنه إذا جامع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقةً واحدةً جاز البيع فيهما، ودخل عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج، فكذلك هاهُنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه؛ لفائدة استفادة ولاية التصرف.

قوله: فَفِيهِ شُبْهَةُ العَدَمِ، - أي: ففي هذا البيع شبهة عدم الجواز؛ لما ذكرنا من تعليل زفر رحمه الله - **أَلَا تَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ،** أي أن المضارب وكيل عن رب المال، وهذا لإيضاح **قوله: فَفِيهِ شُبْهَةُ العَدَمِ؛** لأن المضارب لمَّا كان وكيلًا عنه وجب أن لا يجوز البيع بينهما، كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه.

قوله: يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً وَلا يُبَيِّنُ، أي: لا يقول أنَّها كانت سليمة فأعورَّت في يدي، وكذلك في الوطء؛ لأن الأوصاف التابعة لا يقابلها الثمن.

فإن قيل: كما أن أعضاء المبيع للمبيع وصف فكذلك الأجل في البيع وصف للثمن، يقال: ثمن مؤجل وثمن حال، كما يقال: مبيع سليم ومبيع معيب، فكيف لم يجب بيان تلك الأوصاف في بيع المرابحة ووجبَ بيان وصف الأجل فيه على ما يأتِي؟

وَكَذَا مَنَافِعُ الْبُضْعِ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَالمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَمْ يُنْقِصْهَا الوَطْءُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَنَّهُ لا يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، كَمَا إِذَا احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قلنا: جوابه أيضًا يأتِي هناك وهو أن الأجل وإن كان وصفًا لكن له قسط من الثمن على ما يأتِي.

قوله: وَكَذَا مَنَافِعُ البُضْعِ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، فإن قيل: لا نسلم، بل المستوفي من منافع البضع بمنزلة الجزء، والجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن، والدليل على ما قلنا أنه لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبًا لا يتمكّن من الرد وإن كانت هي ثيبًا وقت الشراء، وذلك باعتبار أن المستوفي من الوطء بمنزلة احتباس جزء المبيع عند الشراء.

قلنا: عدم جواز الرد بالعيب لا باعتبار ما ذكرت؛ لما أن ذلك تصرف في ملك نفسه وذلك لا يمنعه من الرد، بل لمعنى آخر وهو أنه لو ردَّها لا يخلو: إمَّا أن يرد مع العقر احترازًا عن الوطء مجانًا، أو من غير عقر، لا وجه إلى الأول؛ لأنه يعود إليه الجارية كما خرجت من يده وزيادة بالفسخ، والفسخ إنما يرد على ما ورد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة فلا يرد الفسخ عليها.

ولا وجه إلى الثانِي؛ لأن الجارية يعود إلى قديم ملك البائع ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع، وذلك لا يجوز، بخلاف الواهب إذا رجع في الهبة والموهوب جارية بعدما وطأها الموهوب له يصح الرجوع، ولا يلزم الموهوب له شيء؛ لأن الأصل وهو الجارية يسلم للموهوب له بلا عوض، فيجوز أن يسلم له وطئها بلا عوض، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين، أو شيء وجب بإتلاف العين؛ كالولد، والأرش، والعقر، فكذا الوطء، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وهو أيضًا قول زفر رحمه الله، لكنهما يختلفان في التخريج، فعند زفر إنما يجب البيان باعتبار أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب بما سمَّى من البدل لم يلتزم له ربحًا على ذلك ما لم يُبين بعد ما تعيَّب، وأمَّا الشافعي رحمه

(فَأَمَّا إِذَا فَقَأَ عَيْنَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَأَهَا أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرْشَهَا لَمْ يَبِعْهَا مُرَابَحَةً حَتَّى

الله فيقول بوجوب البيان، بناءً على مذهبه بأن للأوصاف من الثمن حصة، وأن التعيب بآفة سماوية وبصنع من العباد فيه سواء عنده.

ولكنا نقول: بأن المشتري غير حابس شيئًا من المعقود عليه فيكون له أن يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر؛ وهذا لأن الفائت وصف فيكون تبعًا لا يقابله شيء من البدل إذا فات من غير صنع أحدٍ، وإنما البدل كله بمقابلة الأصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحةً، أرأيتَ لو أصفر الثوب، أو توسّخ، أو تكسر أكان ذلك يمنعه من البيع مرابحةً؟

وفي «نوادر هشام»: ذكر محمد رحمه الله: قال: هذا إذا نقصه العيب شيئًا يسيرًا، فإن نقصه العيب قدر ما يتغابن الناس فيه لم يجز بيعه مرابحة، كذا في «المبسوط».

قوله: فَأَمَّا إِذَا فَقَأَ عَيْنَهَا بِنَفْسِهِ، أي: المشتري فقأ عين الجارية بنفسه، وفي بعض النسخ: قلنا، مقام قوله: فَأَمَّا، فعلى ذلك التقدير كان جوابًا لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله.

ثم إنما خص فقأ المشتري وفقأ الأجنبي؛ لأن الجارية لو فقأت عين نفسها بنفسها فهو كما لو تعيب بآفة سماوية، فصار بمنزلة الإعورار الذي ذكر حكمه بأنه لا يجب البيان في بيع المرابحة، كذا ذكر في «المبسوط» فقال: وكذلك إن تعيَّب بفعل المبيع بنفسه؛ لأنه هدر بعدما ذكر حكم التعييب بآفة سماوية من إعورار الجارية وغيره بأنه لا يجب البيان.

قوله: أَوْ فَقَأَهَا أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرْشَهَا، كأن ذكر أخذ الأرش وقع اتفاقًا؛ لأنه لما فقأ الأجنبي يجب عليه ضمان الأرش، ووجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش فأخذ حكمه، ألا ترى أنه لو فقأ المشتري يجب عليه البيان مع أنه لا يجب عليه الضمان، لكن وجوب الضمان فيه تقديري؛ فإن ثبوت الملك يمنعه عن وجوب الضمان التحقيقي، وهاهُنا يجب الضمان حقيقةً فأَوْلَى أن يجب عليه البيان؛ لأن الوصف الجامع في وجوب البيان عليه هو التعيُّب مقصودًا بصنع من العباد، وهو موجود في فعل الأجنبي وإن لم يؤخذ منه الأرش بعد.

والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في «المبسوط» من غير تعرض لأخذ الأرش حيث

يُبَيِّنَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا وَطِئَهَا وَهِيَ بِكْرٌ لِأَنَّ العُذْرَةَ جُزْءٌ مِّنَ العَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَبَسَهَا.

قال: فإن تعيّب بفعل الشتري فليس له أن يبيعه مرابحة حتى تبين؛ لأنه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب، وما يكون تبعًا إذا صار مقصودًا بالتناول كان له حصة من الثمن، ثم قال: وكذلك إن عيّبه أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره، فإن فعله بأمر المشتري فهو كفعل المشتري بنفسه، وبغير أمره جناية موجبة ضمان النقصان عليه، فيكون المشتري حابسًا بدل جزء من المعقود عليه، وذلك يمنعه من بيع المرابحة حتى يُبيّن، فإن باعه ولم يُبيّن كان للمشتري رده إذا علم به.

ثم ذكر في «المبسوط» مسائل لا بد من ذكرها لاحتياج هذه التفريعات إليها، وقال: فإن لم يصبه عيب ولكنه أصاب من غلة الدار، أي: انتفع بها الدابة، أو الخادم شيئًا فله أن يبيع المشتري مرابحة على ثمنه؛ لأن الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسًا شيئًا من المعقود عليه باعتبارها؛ ولأن الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنعه من بيعهما مرابحة فكذا بدلها؛ وهذا لأنه أنفق عليها بإزاء ما نال من المنفعة.

وإذا ولدت الجارية، أو السائمة، أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الأصل مع الزيادة مرابحة؛ لأنه لم يحبس شيئًا من المعقود عليه، وإن نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد، وبإزائه ما يجبره وهو الولد، ففي مثل هذا النقصان له أن يبيعه مرابحة وإن لم يكن بإزاء النقصان ما يجبره، فإذا كان بإزائه ما يجبره أوْلَى.

فإن استهلك المشتري الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك؛ لأن ما استهلكه متولد من العين، ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة من غير بيان، فكذلك إذا استهلك ما تولد من العين.

وكذلك ألبان الغنم، وأصوافها، وسمونها إذا أصاب من ذلك شيئًا فلا يبيع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها؛ لأن ما أصاب في حكم جزء من عينها، وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناءً على مذهبه أن الزيادة المنفصله وإن كانت متولدة من العين فهي

(وَلَوِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأْرٍ أَوْ حَرْقُ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، وَلَوْ تَكَسَّرَ بِنَشْرِهِ وَطَيِّهِ لا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ) وَالمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحِ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَعَلِمَ المُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ)؛

بمنزلة الغلة، حتى لا يمنع رد الأصل بالعيب، وإن كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان؛ لأن حصول الزيادة له باعتبار ما أنفق عليها من ماله، والغنم مقابل بالغرم.

قَرْضُ فَأْرٍ: من: قرَض الثوب بالمقراض، قطعه.

وذكر في «الفوائد الظهيرية»: فأصابه قرض فأر، والفرض بفاء معجمة من فوقها بواحدة، نصَّ على ذلك صدر الإسلام أبو اليسر رحمه الله وغيره بالقاف.

قوله: وَالمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ، أي: في هاتين الصورتين في حق قرض فأر، وفي حق الثوب الذي تكسر بنشره، أمَّا في حق قرض فأر فهو قوله: لِأَنَّ الأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وأمَّا في حق تكسر الثوب بنشره فهو قوله: لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتْلَافِ.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحِ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَعَلِمَ المُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ، ولم يذكر هاهُنا وجوب البيان صريحًا في بيع المرابحة أنه اشتراه نسيئة، ولكن ذكر في «المبسوط» فقال: وإذا اشترى شيئًا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه بنسيئة.

وذكر صدر الإسلام في «الجامع الصغير» فقال: رجل اشترى من رجل غلامًا بألف درهم نسيئة فباعه بربح درهم ولم يبين إلى آخره.

ثم قال: وهذا يدل على أنه ليس له أن يبيعه مرابحة ما لم يبين، وإنما كان هذا هكذا؛ لأن الدين المؤجل في معنى التأوي، ولهذا المعنى إذا شهد شاهدان على رجل بتأجيل الدين

لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبَهًا بِالمَبِيعِ؛ أَلا يُرَى أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجَلِ الأَجَلِ، وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا مُلْحَقَةٌ بِالحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً بِثَمَنِهِمَا، وَالإِقْدَامُ عَلَى المُرَابَحَةِ يُوجِبُ السَّلَامَةَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الخِيَانَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ يُخَيَّرُ كَمَا فِي العَيْبِ (وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ)؛ لِأَنَّ الأَجَلَ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

وقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان ذلك الدين؛ لأن الدين المؤجل غير منتفع به، فيصير من وجه كأنه ملك هذا الشيء بلا ثمن فلا يكون له أن يبيعه مرابحةً؛ ولأن المشتري لو علم بذلك عسى لا يرضى بشرائه بذلك الثمن الذي اشتراه بايعه فضلًا من المرابحة، فلا يجوز البيع ما لم يبين.

قوله: لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبَهًا بِالمَبِيعِ، ألا ترى أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل.

فإن قلتَ: وهذا لا يكفي لوجوب البيان، فإن التجار يشترون الغلام الذي هو سليم الأعضاء بأزيد في الثمن من الغلام الذي هو ناقص الأعضاء، ومع ذلك إذا فاتت أعضاؤه بآفة سماوية في يد المشتري لم يجب عليه البيان في بيع المرابحة بأنه كان سليم الأطراف حين اشتراه على ما ذكر آنفًا بقوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ ... يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً وَلا يُبَيِّنُ، ولا شك أنَّها إذا لم تعور يزيد التجار في ثمنها من الثمن الذي يشترونها به في وقت الإعورار.

قلتُ: لا كلام في زيادة الثمن باتفاق الحال من غير شرط، وفي السليم الأعضاء إنما يزاد الثمن بهذا الطريق أعني من غير شرط، فإنَّهم لا يقولون: زدتُ هذا المقدار من الثمن لسلامة يده أو رجله أو عينه، أما يقولون: إن أجلتني بكذا من المدة في ثمنه فأنا أيضًا أزيد من ثمنه بهذا المقدار، فيثبت زيادة الثمن في الأجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الأعضاء.

وذكر في «المبسوط»: يوضحه: أن المؤجل أنقص في المالية من الحال، ولهذا حرَّم الشارع النَّساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكمًا، فإذا باعه وكتم ذلك فالمشتري بالخيار إذا علم التدليس الموجود من البائع.

قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، أي: حقيقةً، وبه صرَّح الإمام قاضي خان

....

رحمه الله، كيلا يلزم التناقض بما ذكر قبله بقوله: **أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجْلِ الأَجَلِ**، فكان التوفيق بينهما هو أن الأجل في نفسه ليس بمال، فلا يقابله شيء من الثمن إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدًا، ويزاد إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصدًا، ولمَّا كان كذلك ثم لمَّا باع مرابحة ما اشتراه نسيئة مطلقًا عن بيان النسية، ثم علم المشتري أنه كان اشتراه البائع من بائعه نسيئة بما ذكره من الثمن، وقد دلَّس في بيع نفسه كان للمشتري الخيار في فسخ البيع إذا كان المبيع قائمًا، نظرًا لجانب أجل يزاد بمقابلة الثمن قصدًا.

وإذا هلك المبيع أو استهلكه المشتري لم يبق الخيار، بل يلزم البيع بما اشتراه من الثمن وهو ألف ومائة درهم، نظرًا لجانب أجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقةً، يعني: إذا لم يذكر زيادة الثمن بمقابلته عملًا بجانب الأجل الثابتين له.

وقد ذكر في «الفوائد الظهيرية»: فإن استهلك المشتري المبيع أو هلك عنده بطل الخيار؛ لأن الخيار بهلاك المبيع يبطل اعتبارًا بعامة الخيارات من خيار الشرط والرؤية.

وذكر في «المحيط»: ثم في الأجل المشروط إذا باعه من غير بيان وعلم به المشتري فله الخيار، إن شاء رضي به وأمسكه، وإن شاء ردَّه، ذكر المسألة في «الأصل» و«الجامع الصغير»، ويصير ذكرُ هذه المسألة رواية فيمن اشترى شيئًا وصار مغبونًا فيه غبنًا فاحشًا أن له أن يُردَّه على البائع بحكم الغبن، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب الصلح في باب الصلح عن العيوب.

وكان القاضي الإمام أبو على النسفي يحكي عن أستاذه أنه كان يقول: في المسألة روايتان عن أصحابنا، وكان يفتي برواية الرد رفقًا بالناس.

وكان القاضي الإمام صدر الإسلام أبو اليُسر، والقاضي الإمام ركن الإسلام أبو بكر الزرنجري، والقاضي الإمام جمال الدين الرِّيغذَمُونِي جدِّي رحمهم الله تعالى يفتون أن البائع إن كان قال للمشتري: قيمة متاعي كذا، أو قال: متاعي يساوي كذا، فاشترى بناءً على ذلك ثم ظهر بخلافه أن له الرد بحكم التغرير، أمَّا إذا لم يقل ذلك فليس له الرد، وغيرهم كانوا

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ وَلَّاهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَدَّهُ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّ الخِيَانَةَ فِي التَّوْلِيَةِ مِثْلُهَا فِي المُرَابَحَةِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ (وَإِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةٍ) لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرُدُّ القِيمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الِاتِّفَاقِ، وَسَيَأْتِيكَ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَقِيلَ يُقَوَّمُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَبِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ وَلَـكِنَّهُ مُنَجَّمٌ مُعْتَادٌ قِيلَ لا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ؛ لِأَنَّ المَعْرُوفَ كَالمَشْرُوطِ، وَقِيلَ يَبِيعُهُ وَلا يُبَيِّنُهُ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌّ.

قَالَ: (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمِ المُشْتَرِي بِكَمْ قَامَ عَلَيْهِ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ) لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِنْ أَعْلَمَهُ البَائِعُ، يَعْنِي فِي المَجْلِسِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ

لا يفتون بالرد على كل حال، والصحيح أن يفتي بالرد إذا وجد التغرير، وبدونه لا يفتي بالرد.

قوله: فَإِنْ كَانَ وَلَّاهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ، أي: ففي هذه المسألة التي اشترى غلامًا نسيئة بألف درهم عقد مع آخر عقد التولية، أي: باعه بألف بمثل ما اشترى من غير زيادة ولا نقصان مكان عقد المرابحة، ولم يبين أنه كان اشترى الغلام بألف نسيئة، ثم علم المشتري الذي اشتراه بطريق التولية أن البائع خانه بترك ذكر النسيئة كان للمشتري هذا الخيار.

قوله: لِأَنَّ الخِيَانَةَ فِي التَّوْلِيَةِ مِثْلُهَا فِي المُرَابَحَةِ، أي: في أنه يجب الاحتراز عن حقيقة الخيانة وعن شبهتها في المرابحة، فكذلك في التولية؛ لأن بناهما على الأمانة.

قوله: لَزِمَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةٍ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

قوله: وَقِيلَ يُقَوَّمُ بِثَمَنٍ حَالٍّ، إلى آخره، وهذا القول قول أبي حفص رحمه الله، أي: يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل، حتى أنه لو كان يشترى في الأجل بدينار ودانق، وبدون الأجل يشترى بدينار يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وهو الدانق.

أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّ الفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ، فَإِذَا حَصَلَ العِلْمُ فِي المَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ العَقْدِ وَصَارَ كَتَأْخِيرِ القَبُولِ إِلَى آخِرِ المَجْلِسِ، وَبَعْدَ الِافْتِرَاقِ قَدْ تَقَرَّرَ فَلَا يُقْبَلُ الإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ إِذَا عَلِمَ فِي المَجْلِسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَمْ يَتِمَّ قَبْلَهُ لِعَدَمِ العِلْمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

قوله: كَتَأْخِيرِ القَبُولِ إِلَى آخِرِ المَجْلِسِ، بأن قال البائع في أول المجلس: بعتُ، وقال المشتري في آخر المجلس: اشتريتُ يصح وإن طال المجلس؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة.

قوله: وَنَظِيرُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ، بسكون القاف، وقد ذكرنا صورته فيما قبل، فإن التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا، فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري، ثم لو علم المشتري قدر ذلك الثمن في ذلك المجلس وإن كان بعد القبول يصح البيع، فيجعل كأنه علم وقت القبول لاتحاد المجلس، والله تعالى أعلم بالصواب.

(فَصْلٌ)

(وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ)، لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ

فصلٌ

لمَّا اختلف جنس المسائل المتفرقة التي قيّدت كل واحدة منها بوصف زائد على البيع الذي تجرَّد عن تلك الأوصاف، ألحق تلك المسائل بمسائل المرابحة والتولية التي قيّدت بوصف، وخرجت عن جنس البيع الذي تجرد عن أوصاف زائدة؛ لاتحادهما في الوصف الزائد، ولكن أتى بالفصل؛ لأن هذه المسائل ليست من مسائل المرابحة والتولية.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، قيَّد بالبيع ولم يقل: أن يتصرف فيه بتصرفٍ؛ ليقع المسألة على الاتفاق، فإن عند محمد رحمه الله يجوز الهبة والصدقة قبل القبض، فكان عدم جواز البيع على الاتفاق.

وعمَّ في قوله: مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ، ولم يبال خلاف مالك فيما سوى الطعام، فإن عند مالك يجوز جميع التصرفات من البيع والهبة قبل القبض فيما سوى الطعام.

احتج مالك رحمه الله بما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه خصَّ الطعام بالذكر عند النهي، فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة.

وحجتنا ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، وكذلك في حديث عتَّاب بن أسيد رضي الله عنه، وكلمة (ما) للتعميم فيما لا يعقل.

ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَظْلِمُوا۟ فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ﴾ [التوبة: ٣٦]، وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ انْفِسَاخِ العَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ (وَيَجُوزُ بَيْعُ العَقَارِ قَبْلَ القَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ) رُجُوعًا إِلَى إِطْلَاقِ الحَدِيثِ وَاعْتِبَارًا بِالمَنْقُولِ وَصَارَ كَالإِجَارَةِ، وَلَهُمَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحِلِّهِ،

في غير أشهر الحرم، كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس رضي الله عنهما، وقال بعد روايته: «وأحسب كل شيء مثله».

ثم قال محمد رحمه الله: كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فذلك جائز في المبيع قبل القبض إذا سلَّطه على قبضه فقبضه؛ لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه، وقاس هذا بِهبة الدين لغير من عليه الدين فإنَّها يجوز إذا سلَّطه على قبضه، بخلاف البيع.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: البيع أسرع نفاذًا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز؛ لأنه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أوْلَى؛ لأن الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع، حتى يجوز البيع من المكاتب والمأذون له دون الهبة، كذا في «المبسوط».

الغرر: ما طوى عندك علمه، وقد ذكرناه.

قوله: غَرَرَ انْفِسَاخِ العَقْدِ: أي: العقد الثاني.

فإن قلتَ: غرر الانفساخ فيما بعد القبض متوهم أيضًا على تقدير ظهور الاستحقاق، مع أن عدم الهلاك هاهنا أصل كما أن عدم ظهور الاستحقاق هناك أصل، فاستويا من هذا الوجه في الغرر فيجب أن يستويا في الحكم وهو عدم جواز البيع.

قلتُ: لو قلنا به يلزم انسداد باب البيع أصلًا وهو مفتوح، ولخلا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، عن فائدة إثبات الإحلال؛ ولأن قبل القبض ذلك متوهَّم وهذا أيضًا متوهم، وإن اشتركا في أحد المعنيين الموجب لعدم الجواز، فامتاز ما قبل القبض بما

وَلَا غَرَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ، بِخِلَافِ المَنْقُولِ،

هو السالم له وهو غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك، فلذلك اختص بحكم يمتاز به عن حكم ما بعد القبض، وهو عدم جواز البيع قبل القبض.

قوله: وَلَا غَرَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ، حتى قال بعض أصحابنا: جوابُ أبي حنيفة رحمه الله في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرًا، أو يغلب عليه الرمال، فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك لا يجوز كما في المنقول، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

فإن قيل: العقار وإن كان لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك يتوهم انفساخ العقد فيه بالرد بالعيب.

قلنا: لِمَ قلتم أنه يتوهم انفساخ العقد فيه بالرد متى جاز البيع فيه قبل القبض، بل هذا لا يصح؛ لأنه متى جاز البيع فيه قبل القبض يصير ملكًا للمشتري، وحينئذٍ لا يملك المشتري الأول الرد فلا يتوهم الانفساخ فيه بالرد حينئذٍ، كذا في «الفوائد الظهيرية».

فإن قيل: التعليل بقوله: لِأَنَّ الهَلَاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ، تعليل في موضع النص، وهو ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، وإنه عام على ما ذكر من «المبسوط» فيتناول العقار وغيره، والتعليل بخلاف النص في موضع النص لا يقبل.

قلنا: ذلك حديث خصَّ منه مواضع فيخص العقار بهذا الدليل؛ وذلك لأن معنى ما رُوي: «نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، أي: ما لم يقبض من ملكه الذي ثبتَ ملكه بسبب من أسباب الملك، ثم إن المرأة لو تصرفت في الصداق قبل قبضها بالبيع أو الهبة أو غيرهما جاز، وكذلك الزوج في بدل الخلع، وكذلك رب الدين في الدين وملك غيره وسلطه على قبضه يجوز.

وذكر في «المبسوط»: والحديث عام دخله خصوص؛ لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض، ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول بدليل ما ذكرنا، والدليل عليه أن حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض، أي: قبل

وَالغَرَرَ المَنْهِيَّ عَنْهُ غَرَرُ انْفِسَاخِ العَقْدِ، وَالحَدِيثُ مَعْلُولٌ بِهِ عَمَلًا بِدَلَائِلِ الجَوَازِ، وَالإِجَارَةُ قِيلَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ؛ وَلَوْ سَلَّمَ فَالمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ

قبض المشتري، والشفيع يتملك ببدل، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لما ثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض.

قوله: وَالغَرَرَ المَنْهِيَّ عَنْهُ غَرَرُ انْفِسَاخِ العَقْدِ، وَالحَدِيثُ مَعْلُولٌ بِهِ، أي: بذلك الغرر، والدليل عليه أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز؛ لأنه لا غرر في الملك، وكذلك التصرف في المهر قبل القبض جائز عندنا لانعدام الغرر في الملك، فإن بالهلاك لا يبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها، والدليل عليه أن التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج.

وبه تبيَّن فساد قولهم: أن تأكيد الملك بتأكيد السبب وذلك بالقبض؛ لأنا نقول: إن العتق في استدعاء ملك تام في المحل فوق البيع، ثم يجوز ذلك في المبيع قبل القبض، كذا في «المبسوط».

والأصل فيما يجوز تصرفه قبل القبض وما لا يجوز هو أن كل عوض مُلك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه، كالمبيع، والأجرة، وبدل الصلح إذا كان معينًا، وما لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض، كالمهر، وبدل الخلع، والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد، فكان الفقه فيه أن المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد، لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن، وإذا كان يتوهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه، وإذا لم يتوهم غرر الانفساخ انتفى المانع فجاز العقد، ولهذا المعنى جوَّز أبو حنيفة رحمه الله.

وما لا يجوز بيعه قبل القبض فكذلك إجارته؛ لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الرقبة وهي الأصل ملك في التابع، وما لا فلا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَالإِجَارَةُ قِيلَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وقيل: إنه لا يجوز بلا خلاف، وهو الصحيح؛ لأن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك، كذا

المَنَافِعُ وَهَلَاكُهَا غَيْرُ نَادِرٍ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازَنَةً فَاكْتَالَهُ أَوِ اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَلَا أَنْ يَأْكُلَهُ حَتَّى يُعِيدَ الكَيْلَ وَالوَزْنَ)؛

في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا - كالحنطة والشعير - مُكَايَلَةً - أي: بشرط الكيل بأن قال: اشتريتُ هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة - أَوْ مَوْزُونًا - كالحديد والذهب - مُوَازَنَةً، أي: بشرط الوزن، بأن قال: اشتريتُ هذا الحديد على أنه عشرة أمناء وقبضه، لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل أو الوزن؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلم: «عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ»، الحديث.

ثم في قوله: وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً، قيود بها يقع الاحتراز عن مسائل آخر.

قيَّد بالاشتراء؛ لأنه إذا ملك مكيلًا أو موزونًا بهبة، أو ميراث، أو وصية، جاز لمن ملكه أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل.

وقيَّد بكون المكيل أو الموزون مبيعًا حتى قال: وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا، فإنه إذا كان ثمنًا يجوز التصرف فيه، وإن كان معيَّنًا عندنا على ما يجيء متصلًا بهذه المسألة.

وقيَّد بكونه: مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً؛ لأنه إذا باع المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل بالبيع، أو بالأكل أو غيرهما على ما يجيء، وإلى هذا أشار في «الإيضاح»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: فَاكْتَالَهُ أَوِ اتَّزَنَهُ، أي: كالَ لنفسه ووزنَ لنفسه.

قوله: ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً - أي: ثم باع المشتري بشرط الكيل أيضًا فاشتراه من المكيل بشرط الكيل - لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ، أي: لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الأول أَنْ يَبِيعَهُ حتى يعيد الكيل لنفسه، كما كان كذلك الحكم في حق المشتري الأول.

فإن اكتاله لنفسه حتى اشترى لم يكف ذلك للمشتري الثاني، وإن كان ذلك الكيل

«لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ: صَاعُ البَائِعِ، وَصَاعُ المُشْتَرِي»؛ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى المَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ

يحضره المشتري الثاني، فلذلك ذكر (في) قوله في الكتاب: ثم باعه مكايلة أو موازنة؛ ليتحقق فيه اشتراط الكيلين.

وحاصله أن ما إذا كان البيع والشراء مرتين في المكيلات بشرط الكيل لا بد أن يكون الكيل مرتين؛ عملًا بما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ: صَاعُ البَائِعِ، وَصَاعُ المُشْتَرِي»، وهذا الذي قلتُه إنما ينكشف ويتضح تمام انكشاف واتضاح بما ذكره الإمام المحقق ظهير الدين المرغيناني رحمه الله في «فوائده» فقال:

أمَّا المكيلات فهي على أقسام ثلاثة: (١) منها ما يحتاج إلى الكيل مرتين، وهو السلم على ما يجيء إن شاء الله تعالى، وبيع العين بأن باع مكيلًا مكايلة بعدما اشتراه مكايلة يحتاج فيه إلى كيلين، ولا يكفي المشتري كيل البائع لنفسه وإن كان بحضرته للحديث الذي ذكرنا.

وما يحتاج فيه إلى صاع البائع وصاع المشتري إنما يكون فيما إذا كان شراؤه بشرط الكيل ثم يبيعه مرابحة من غيره بشرط الكيل؛ وإنما كان كذلك لأن الكيل من تمام القبض فيما يبيع مكايلة، وأصل القبض شرط لجواز التصرف في المبيع فيكون تمام القبض شرطًا أيضًا؛ وذلك لأن القدر معقود عليه فيما بيع مكايلة، ألا ترى أنه يلزم رد الزيادة إذا ازداد، وينقص من الثمن حصة ما انتقص، والقدر غير متعين قبل الكيل لتوهم الزيادة والنقصان، ولا ينوب قبض المشتري الأول عن قبض المشتري الثاني، وإن كان بحضرته، فكذا الكيل الذي هو من تمام القبض.

(٢) ومن صورة المكيلات ما يكتفى به بكيل واحد وهو القسم الثاني، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة، أو استفادها زراعةً، أو إرثًا، أو استقرض حنطة على أنَّها كرّ ثم أوفاها رب السلم أو باعها مكايلة، احتيج فيه إلى كيل واحد وهو كيل المشتري، أو كيل البائع بحضرة المشتري، وإنما احتيج إلى كيل واحد لإباحة التصرف؛ لأن الكيل شرط

وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوْبَ مُذَارَعَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذِ الذَّرْعُ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ، بِخِلَافِ القَدْرِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَيْلِ البَائِعِ قَبْلَ البَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ صَاعَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَهُوَ الشَّرْطُ، وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ البَيْعِ بِغَيْبَةِ المُشْتَرِي؛

لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة إلى تعيين المقدار.

وإنما يكتفى به؛ لأن الكيل غير محتاج إليه فيما اشتراه مجازفة؛ لأن البيع وقع على المشار إليه دون مقدار بعينه، وكذلك فيما استفاده زراعة أو إرثًا، وكذلك فيما استفاده قرضًا بشرط الكيل، وإن كان الاستقراض تملكًا بعوض فكان كالشراء، إلا أنه شراء صورةً عارية حكمًا؛ لأن ما يرده عين المقبوض حكمًا، ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكًا بغير عوض حكمًا.

(٣) ومن صورة المكيلات ما لا يحتاج فيه إلى الكيل أصلًا وهو القسم الثالث، وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة وقبضها ثم باعها مجازفة؛ لأنه لا حاجة هنا إلى تعيين المقدار بالكيل، وأمَّا إذا ملك المليك ثمنًا على أنه كرّ فقبضه ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز؛ لأن الكيل من تمام القبض والقبض أصله ليس بشرط في الأثمان، فكذلك لا يشترط ما كان من تتمَّاته.

ولو اشتراها مكايلة ثم باعها من غيره مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز؛ لما قلنا، وفي نوادر ابن سماعة قال: يجوز.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً، وقبضه المشتري حيث يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن؛ لأنه لمَّا اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارًا إليه فكان متصرفًا في ملك نفسه.

قوله: بِخِلَافِ القَدْرِ، أي: الكيل.

لِأَنَّ الكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ بِهِ يَصِيرُ المَبِيعُ مَعْلُومًا وَلا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ، وَلَوْ كَالَهُ البَائِعُ بَعْدَ البَيْعِ بِحَضْرَةِ المُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لا يُكْتَفَى بِهِ لِظَاهِرِ الحَدِيثِ، فَإِنَّهُ اُعْتُبِرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ

قوله: وَلَوْ كَالَهُ البَائِعُ بَعْدَ البَيْعِ بِحَضْرَةِ المُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لا يُكْتَفَى بِهِ لِظَاهِرِ الحَدِيثِ، وذكر الإمام قاضي خان: فإن كان البائع كاله قبل البيع بحضرة المشتري أو عند غيبته لا يكتفى به؛ لما ذكرنا أن المشتري لم يملك إلا مقدرًا، واحتمال الزيادة والنقصان ثابت.

وإن كاله بعد البيع بحضرة المشتري قال بعضهم: يحتاج إلى الكيل ثانيًا؛ لظاهر النص، وقال بعضهم: لا يشترط وهو الصحيح؛ لأن سبب وجوب الكيل هو البيع بشرط الكيل ولم يوجد إلا بيع واحد، وبالكيل الواحد صار البيع معلومًا عند المشتري، وقد ذكرنا أن الحديث محمول على ما إذا وجد عقدان بشرط الكيل.

قلتُ: وبما ذكر الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني رحمهما الله يعلم أن اشتراط الكيلين فيما إذا وجد العقدان بشرط الكيل، كما هو مقتضى لفظ الكتاب في أوّل المسألة أيضًا، وهو **قوله: وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازَنَةً فَاكْتَالَهُ أَوِ اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ ... حَتَّى يُعِيدَ الكَيْلَ**، ثم ذكر في آخر هذه المسألة في الكتاب **بقوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ**، أي: بالكيل الواحد، وهو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيما إذا وجد عقد واحد بشرط الكيل؛ لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية إنما هو في العقد الواحد بشرط الكيل.

وأمّا إذا وجد العقدان كل واحد منهما بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية، بل جواب المسألة فيه الكيلان لا غير على ما يقتضيه الصحيح من الرواية، وأمّا على قول من تمسك بظاهر الحديث في تلك الصورة، أعني: صورة وجود العقدين كل واحد منهما بشرط الكيل فيجب أربع من الكيل؛ لأن كل واحد من العقدين عقد بشرط الكيل.

وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَلَوِ اشْتَرَى المَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالمَذْرُوعِ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرِّبَا، وَكَالمَوْزُونِ فِيمَا يُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

ومن باع مكيلًا مكايلة، أي: بشرط الكيل، فعند من تمسَّك بظاهر الحديث فيه كيلان، فإذا وجد عقدان بذلك الوصف كان في كل واحد منهما كيلان وكان فيهما أربع من الكيل لا محالة، فعلى هذا التقرير الذي ذكرتُ يلزم في لفظ الكتاب في وضع أول المسألة مع هذا الحكم في آخرها نوع تناقض، اللّٰهم إلا أن يريد بما ذكر في آخر المسألة بقوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ، آخر البيعين وهو البيع الثاني دون الأول؛ لما أنه لم يذكر في أول المسألة لفظ البيع إلا مرَّة واحدة، فجعل المقصود فيه البيع الثاني، وفي حقه أجري ذلك الحكم وجعل البيع المفهوم من قوله: وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا مُكَايَلَةً، غير ملتفت إليه فيما ذكر من الحكم في آخر المسألة.

ودلَّ عليه قوله: وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ، فعُلِم بهذا أنه أنكر اجتماع الصفقتين هنا بهذا اللفظ، وليس ذلك إلا بأن يجعل الصفقة الأولى غير منظور إليها.

ثم صورة ما أحاله إلى باب السلم بقوله: عَلَى مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ، هي قوله في باب السلم: وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ اشْتَرَى المُسْلَمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاكْتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازَ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفْقَتَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الكَيْلِ مَرَّتَيْنِ ... وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الحَدِيثِ.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَى المَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالمَذْرُوعِ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُمَا، أي: عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

لِأَنَّهُ لا تَحِلُّ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى المَشْرُوطِ.

قَالَ: (وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ) لِقِيَامِ المُطْلَقِ وَهُوَ المِلْكُ وَلَيْسَ فِيهِ

وحاصل ذلك أن الأموال في هذا النوع من التقدير ثلاث مقدَّرات، مثل: الكيلي، والوزني، وعدديات متقاربة، ومذروعات، فالتصرف في ذلك كله قبل القبض باطل، وإن اشتراه بشرط كيل، أو وزن، أو عدد، أو ذرع، وقبضه فلا يجوز التصرف في المكيل والموزون قبل الكيل والوزن؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أنه نَهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان» الحديث، والنهي عن البيع يدل على الفساد إذا كان لمعنى في البيع وهو جهالة المبيع، وفيه ذلك.

وأمَّا في المذروعات فإن البيع جائز بعد القبض قبل الذرع، سواء اشترى مجازفة، أو على أنه عشرة أذرع؛ لأن المشتري ملك الثوب المشار إليه وإن كان ذرعانه أكثر؛ لأن الذرع صفة، ألا ترى أنه لو ذرع وازداد لم يرد شيئًا، ولو انتقص لم يرجع بشيءٍ فلم يكن في ذلك جهالة.

وأمَّا في العدديات فإنه إذا اشترى المعدود مجازفة وقبضه جاز له التصرف قبل العدّ؛ لما ذكرنا في الكيلي والوزني، وإن اشتراه على أنه كذا وقبضه فباعه أو تصرف فيه تصرفًا آخر قبل العدّ، لم يذكر هذا في الكتاب، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز، وهو اختيار الكرخي، وعنه في رواية أخرى أنه يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

لهما أنه كما يجوز بيع الواحد بالاثنين في المذروعات يجوز في العدديات، ولا يجوز في المكيلات، وكان العددي ملحقاً بالمذروع.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن التصرف في المكيل والموزون إنما كان حرامًا قبل الكيل لاختلاط المبيع بغير المبيع، والاختلاط هاهُنا موجود، ألا ترى أن من اشترى جوزًا على أنَّها ألف فوجدها أكثر لا يسلم له الزيادة، ولو كان أقل من ألف يسترد حصة النقصان من البائع، فإذا اشتركا في العلة اشتركا في الحكم، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ، وكذلك قبل الكيل والوزن فيما يكال

غَرَرُ الِانْفِسَاخِ بِالهَلَاكِ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعْيِينِ، بِخِلَافِ المَبِيعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ لِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَزِيدَ لِلْمُشْتَرِي فِي المَبِيعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ وَيَتَعَلَّقُ الِاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ) فَالزِّيَادَةُ

ويوزن، سواءٌ كان ذلك الثمن ممَّا يتعيّن أو لا يتعين من المكيلات والموزونات، حتى أنه لو باع شيئًا بمكيل أو موزون على أنه كرّ وقبضه من غير كيل جاز له أن يتصرف فيه قبل الكيل؛ لأن التصرف في الثمن قبل القبض جائز، فقبل الكيل أوْلَى.

وكذا إذا ملك مكيلًا أو موزونًا بهبة، أو ميراث، أو وصية، جاز له التصرف قبل القبض على ما ذكرنا.

وذكر في «الإيضاح»: ويجوز التصرف في الأثمان قبل القبض، وقال الشافعي رحمه الله: إن كانت عينًا لم يجز التصرف فيه؛ لأنه حال التعيين الثمن والمبيع سواء عنده؛ لما أن الأثمان تتعيّن بالتعيين في العقود والفسوخ عنده، وإن لم تكن معيّنة لم يجز أيضًا في أحد القولين؛ لأنه يقول: الثمن إذا لم يتعين فالمستحق بالعقد ما يعينه في الثاني من الزمان، والاستبدال يفوّت هذا المعنى فلا يجوز كالمسلم فيه.

ونحن نقول: بأن الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقةً، وإنما طريق قبضه أن يقبض مثله عينًا فيصير مضمونًا عليه فيلتقيان قصاصًا، وإذا كان طريق القبض هذا لم يقع التفرقة بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون بمعناه، والمقاصَّة يقع بالمعنى، وقد رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «كنَّا نبيع الإبل بالبقيع، فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم»، فكان يجوّزه رسول الله صلَّى الله عليه وسلم.

بخلاف السلم؛ لأنه وإن كان دينًا ولكن الشرع جعل المقبوض في السلم حكم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل فيه أن يكون مبيعًا، والاستبدال عن المبيع لا يجوز.

قوله: وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ لِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ، إلى قوله: وَيَتَعَلَّقُ الِاسْتِحْقَاقُ

وَالحَطُّ يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ العَقْدِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَصِحَّانِ عَلَى اعْتِبَارِ الِالتِحَاقِ، بَلْ عَلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصِّلَةِ، لَهُمَا أَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا؛ لِأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلْكَهُ عِوَضَ مِلْكِهِ فَلا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ، وَكَذَا الحَطُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابَلًا بِكُلِّ المَبِيعِ فَلَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ فَصَارَ بِرًّا مُبْتَدَأً، وَلَنَا أَنَّهُمَا بِالحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ العَقْدَ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ رَابِحًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ عَدْلًا، وَلَهُمَا وِلايَةُ الرَّفْعِ فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وِلايَةُ

بِجَمِيعِ ذَلِكَ، أي: يتعلق حق المزيد له بجميع ذلك في الأصل والزيادة، سواء كان بائعًا أو مشتريًا حتى تملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي المزيد عليه والزيادة.

وكذلك المشتري فإنه لا يملك مطالبة المبيع من البائع حتى يدفع المزيد عليه والزيادة، وفي صورة الحط يستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط، وكذلك إذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بالأصل والزيادة، وكذلك يستحق الشفيع الشفعة بما بقي بعد الحط.

ولا يشكل على هذا ما إذا زاد المشتري في شراء العقار على أصل الثمن، فللشفيع أن يأخذ شفعته بالأصل دون الزيادة، فلا تكون الزيادة ملتحقة بأصل العقد في حق الشفيع؛ لما ذكر في الكتاب بأن البائع والمشتري لا يملكان إبطال حقه الثابت له بأصل الثمن، ويستوي أن تكون الزيادة من العاقدين أو من الأجنبي؛ لأنه يصير ملكه عوض ملكه؛ لأن المشتري ملك المبيع قبل الزيادة، فلو زاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لأجل ملك نفسه وهو المبيع، وذلك لا يجوز كالمودع إذا اشترى الوديعة من المودع.

وهذا في حق الأجنبي أظهر فإنه لا يملك شيئًا من المبيع، فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه، ألا ترى أن الزيادة في الصداق لا يلحق بأصل العقد، حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول، وقاساه بحطِّ الكل.

التَّغَيُّرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَا الخِيَارَ أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ العَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لا بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ لا تَغْيِيرٌ لِوَصْفِهِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الالتِحَاقِ لا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ، وَيَظْهَرُ حُكْمُ الالتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ وَالمُرَابَحَةِ حَتَّى يَجُوزَ عَلَى الكُلِّ

وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، أي: من فريضة بعد الفريضة، وذلك تنصيص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد إلا ما قام الدليل عليه، وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول إلا ما تأكد بالتسمية في أصل العقد بالنصّ، ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الأصل.

وأمّا قوله: أنه يلتزم العوض عن ملكه، فقلنا: قيام العقد لقيام المعقود عليه، والمعقود عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه، فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضًا؛ ولأنه تبع والعوض بمقابلة الأصل دون التبع كما في أطراف الحيوان، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لا بِنَفْسِهِ - فكذلك هاهُنا يقوم الزيادة بالثمن لا بنفسها - بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ حيث لا يلتحق بأصل العقد؛ لأن عمل الحط في إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا فالشرط فيه قيام الثمن، وأمّا حط البعض فإنه غير مغير لوصف العقد؛ لأن الإنسان لا يكون مغبونًا بجميع الثمن، ولو التحق بأصل العقد فإمّا أن يفسد به العقد؛ لأنه يبقى بيعًا بلا ثمن، وقد علمنا أنّهما لم يقصدا ذلك؛ لأنه حينئذٍ يكون تغييرًا من مشروع إلى غير مشروع، أو يصير ذلك العقد هبة، وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة، فأمّا حط البعض فلو التحق بأصل العقد تحقق به مقصودهما فيجوز، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَعَلَى اعْتِبَارِ الالتِحَاقِ، جواب عن تعليل زفر والشافعي رحمهما الله في أن الزيادة يصير ملكه عوض ملكه.

قوله: وَيَظْهَرُ حُكْمُ الالتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ، فإن البائع إذا حطَّ بعض الثمن عن المشتري،

فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ عَلَى البَاقِي فِي الحَطِّ وَفِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يَأْخُذَ بِمَا بَقِيَ فِي الحَطِّ، وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لِمَا فِي الزِّيَادَةِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ الثَّابِتِ فَلَا يَمْلِكَانِهِ، ثُمَّ الزِّيَادَةُ لا تَصِحُّ بَعْدَ هَلَاكِ المَبِيعِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لَمْ يَبْقَ عَلَى حَالَةٍ يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يُسْتَنَدُ، بِخِلَافِ

ثم المشتري إذا باعه بيع التولية فقال الآخر: ولَّيتك هذا الشيء يقع عقد التولية هذا على ما بقي من الثمن بعد الحط، فكان الحط بعد العقد ملتحقًا بأصل العقد.

قوله: ثُمَّ الزِّيَادَةُ لا تَصِحُّ، أي: الزيادة في الثمن، أمَّا الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ففي «البقالي» يجوز ذلك، بخلاف الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية، وهكذا ذكر ابن سماعة، وأمَّا الزيادة في الثمن فَلَا تَصِحُّ بَعْدَ هَلَاكِ المَبِيعِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

فقيَّد بـ: ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احترازًا عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال: يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع، ورُوي عن محمد رحمه الله أن شرط صحة زيادة الثمن كون المبيع قابلًا للمقابلة في نفسه، لا كونه قابلًا للمقابلة في حق المشتري، حتى أن على هذه الرواية تصح الزيادة من المشتري في الثمن بعد ما باع المشتري المبيع، أو وهب وسلَّم، أو تصدق وسلَّم؛ لأن المبيع بقي محلًّا للمقابلة في نفسه، وفي ظاهر الرواية لا تصح الزيادة؛ لأن المبيع لم يبق محلًّا للمقابلة في حق المشتري.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن طريق تصحيح الزيادة في الثمن تغير العقد، فالعقد بعد هلاك المعقود عليه لا يقبل التغير، لأن التغيير يرد على الموجود، والعقد كلام كما وجد تلاشى وانعدم، وإنما يجعل باقيًا ببقاء محله ومحله المبيع، فإذا هلك المبيع فاتَ محل العقد فلا يبقى العقد فلا يمكن القول بالتغير، هذا الذي ذكرنا في حكم الزيادة في المبيع أو الثمن القبول.

وأمَّا حكم الحط فنقول: حط بعض الثمن صحيح ويلتحق بأصل العقد كالزيادة، غير أنَّ بين الحط والزيادة فرقًا من وجهين:

الحَطَّ لِأَنَّهُ بِحَالٍ يُمْكِنُ إِخْرَاجُ البَدَلِ عَمَّا يُقَابِلُهُ فَيُلْتَحَقُ بِأَصْلِ العَقْدِ اسْتِنَادًا.

أحدهما: أن الحط صحيح سواء بقي المبيع محلًّا للمقابلة وقت الحط أو لم يبق، بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية؛ لأن الحط إخراج ما تناوله الحط من أن يكون ثمنًا للحال، ويستند إلى حال كمال العدم فيشترط له قيام الثمن لا قيام المبيع، وأمّا الزيادة فإثبات صورة المقابلة للحال، ويستند إلى حال كمال الثبوت، فيشترط لها قيام المبيع بشرط أن يكون محلًّا للمقابلة.

والثاني: أن من اشترى عبدين صفقةً واحدةً بألف درهم، فحط عند المشتري مائة كان الحط نصفين، ولو زاد المشتري مائة في هذه الصورة ينقسم الثمن على قدر قيمتهما، والفرق أن الحط يكون من الثمن ولا تعلق له بالمبيع، فإذا قال: حططت عن ثمنهما مائة، فقد أدخلهما في الحط على السواء فانقسم الحط عليهما نصفين، بخلاف الزياده في الثمن؛ لأنّها تقابل المبيعين وقد قابلهما مطلقًا، والمقابلة المطلقة يقتضي الانقسام على المبيعين، وهذه وباقي المسائل التي يتعلق بمسألتنا هذه مذكورة في «الذخيرة».

وفي «البقالي»: والفرق بين الزيادة في المبيع حيث يجوز بعد هلاك المبيع؛ لأنّها تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم، بخلاف الزيادة في الثمن؛ لأنّها تثبت بمقابلة المبيع، هكذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

وفي «المبسوط»: وكذلك لا تثبت الزيادة بعد العتاق والتدبير؛ لأنه لم يبق المعقود عليه على وجه يجوز الاعتياض عنه؛ وهذا لأنه لا بد لإثبات الزيادة عوضًا من اعتبار الحال ثم الاستناد إلى وقت العقد، وقد تعذّر إثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد، كما قلنا في البيع الموقوف: أنه لا بد من قيام المعقود عليه عند الإجارة ليثبت الملك مستندًا إلى وقت العقد، وبالاتفاق في البيع بشرط الخيار للبائع، وعلى هذا الحط، إلا أن عمل الحطّ في إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا، فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه، والثمن باق فيثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن المبيع - **بِحَالٍ يُمْكِنُ إِخْرَاجُ البَدَلِ عَمَّا يُقَابِلُهُ**، معنًى لا يمكن

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلًا مَعْلُومًا صَارَ مُؤَجَّلًا)؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ تَيْسِيرًا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ إِبْرَاءَهُ مُطْلَقًا فَكَذَا مُؤَقَّتًا، وَلَوْ أَجَّلَهُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ إِنْ كَانَتِ الجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَقَارِبَةً كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسِ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٍّ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلًا)؛ لِمَا ذَكَرْنَا (إِلَّا القَرْضَ) فَإِنَّ تَأْجِيلَهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ وَصِلَةٌ فِي الِابْتِدَاءِ حَتَّى يَصِحَّ بِلَفْظَةِ الإِعَارَةِ، وَلَا يَمْلِكُهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ كَالوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ، وَمُعَاوَضَةٌ فِي الِانْتِهَاءِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ الِابْتِدَاءِ لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِيهِ كَمَا فِي الإِعَارَةِ، إِذْ لَا جَبْرَ فِي التَّبَرُّعِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الِانْتِهَاءِ

إثبات الثمن بمقابلة الهالك، ويمكن إخراج الثمن وإسقاطه بمقابلة الهالك؛ لأن الحط يلائم الهالك.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: وقد ذكرنا أن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، وفي تأجيل الدين، كما في الحصاد والدياس، بخلاف الجهالة في البيع إلى أجل مجهول حيث لا يصح، وإن كانت الجهالة يسيرة.

قوله: مِنْ قَبْلُ، أي: في أواخر باب البيع الفاسد.

قوله: صَارَ مُؤَجَّلًا؛ لِمَا ذَكَرْنَا - وهو قوله: لِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ - **إِلَّا القَرْضَ؛ فَإِنَّ تَأْجِيلَهُ لَا يَصِحُّ**، أي: لا يلزم، لكن هذا التأويل وهو قولنا: أي: لا يلزم، إنما يصح على تقدير النكتة الأولى، وهي عند إلحاق القرض بالعارية نظرًا إلى حالة الابتداء.

وأمّا على تقدير النكتة الثانية وهي إلحاقه بالمعاوضة نظرًا إلى حالة الانتهاء، فكان **قوله: لَا يَصِحُّ**، على حقيقته؛ إذ في جوازه يلزم الربا، والربا حرام محض فلا يصح التأجيل أصلًا حينئذٍ، لكن المعوَّل هو النكتة الأولى لانفتاح باب القرض إجماعًا، وفي النظر إلى

لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِالدَّرَاهِمِ نَسِيئَةً وَهُوَ رِبًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُقْرِضَ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فُلَانًا إِلَى سَنَةٍ حَيْثُ يَلْزَمُ الوَرَثَةَ مِنْ ثُلُثِهِ أَنْ يُقْرِضُوهُ وَلا يُطَالِبُوهُ قَبْلَ المُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ، بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى فَيَلْزَمُ حَقًّا لِلْمُوصِي، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

جانب المعاوضة يلزم انسداد بابه وهو متروك بالإتفاق.

ثم معنى قولنا: لا يلزم التأجيل، أي: لمن أجَّله إبطاله كما في تأجيل العواري.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُقْرِضَ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فُلَانًا إِلَى سَنَةٍ، أي: هاهُنا يلزم التأجيل مع أن فيه تأجيل القرض أيضًا، لكن ذلك باعتبار الوصية وفي الوصية يلزم ما لا يلزم في غيره، ألا ترى أنه لو أوْصَى بثمرة بستانه لفلان يصح ويلزم وإن كانت الثمرة معدومة وقت الوصية، فكذلك هاهُنا يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة أن يطالبوا الموصى له بالاسترداد قبل السنة، كما في الوَصِيَّةِ بِالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى، حيث يصح الوصية فيهما ويلزم تنفيذه فكذلك في الإقراض، والجامع بينهما معنى التبرع بالمنافع، وهذه المسألة مبسوطة في «شرح الطحاوي»، ولكن حاصل ذلك ما ذكر في الكتاب.

وذكر في «شرح الأقطع»: ولو شرط الأجل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض، فكذلك إذا شرطاه في الثاني، والله تعالى أعلم بالصواب.

تمَّ المجلد السادس من «النِّهاية»، ويتلوه المجلد السابع، وفي أوله (بابُ الربا).

فهرس المحتويات

في المجلَّد السادس من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ اللَّقيط

كتابُ اللُّقطة

كتابُ الإباق

كتابُ المفقود

كتابُ الشركة

كتابُ الوقف

كتابُ البيوع

تم الفهرس